



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Dottorato in Studi Giuridici

Comparati ed Europei

Corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei

XXVIII ciclo

Tesi di Dottorato

«Improbe litigare»

**Ricerche sulle condotte non collaborative
delle parti nel processo civile romano**

Relatore

Prof. Gianni Santucci

Dottorando

Lorenzo Marcolla

Anno accademico: 2016-2017

Storia del diritto romano e del pensiero giuridico europeo

XXVIII ciclo

Esame finale: N.D.

Commissione esaminatrice:

Prof. Tommaso dalla Massara, Università di Verona

Prof. Giovanni Luchetti, Università di Bologna

Prof. Antonio Saccoccio, Università di Brescia

*Non quia difficilia sunt non audemus,
sed quia non audemus difficilia sunt*

Sen. *Epist.*, 104, 26

Ai miei genitori

INDICE

	Pag.
ABSTRACT	5
 INTRODUZIONE	
OGGETTO, FINALITÀ E METODOLOGIA DELL'INDAGINE	
1. Cooperazione tra le parti ed economia processuale	8
2. Il ruolo della collaborazione delle parti nel processo civile romano	26
3. Oggetto e finalità dell'indagine	34
4. Questioni di metodo	44
5. Piano dell'opera	58
 CAPITOLO PRIMO	
LA LITIGIOSITÀ TEMERARIA NELLE ISTITUZIONI DI GAIO	
1. Premessa: l'emersione del problema nelle fonti	63
2. La trattazione gaiana delle « <i>poenae temere litigantium</i> »	69
3. Unità e coerenza del discorso gaiano: una guida alla (ri)lettura di Gai.	
4. 171-182	71
3.1. <i>Coerenza formale e lessicale</i>	72
3.2. <i>Coerenza strutturale ed espositiva</i>	82
3.3. <i>Coerenza sistematica: la continuità funzionale tra i rimedi descritti....</i>	87
4. Unità e pluralismo degli istituti repressivi della litigiosità temeraria	90
4.1 <i>Conseguenze patrimoniali delle condotte di parte disfunzionali al processo</i>	93
4.1.1. <i>Actiones quae infitiando crescunt in duplum: la pena dell'ingiusta</i>	

<i>resistenza.....</i>	98
<i>4.1.1.2. Forme e contenuti della resistenza processuale: l'infinitio del convenuto</i>	101
<i>4.1.1.3. Natura e contenuti delle azioni litiscreascenti.....</i>	114
<i>4.1.1.4. Conclusioni: ruolo e significato della litiscreascentia nel processo formulare.....</i>	129
<i>4.1.2. La responsabilità dell'attore che agisce in mala fede.....</i>	136
<i>4.1.2.1. La repressione specifica dell'agire temerario: il iudicium calumniae</i>	149
<i>4.1.2.2. La sanzione dell'incauto processare mediante il iudicium contrarium</i>	158
<i>4.1.2.3. L'interazione dei rimedi: il trattamento unitario della calumnia actoris.....</i>	167
<i>4.2. La tutela del processo attraverso la religio: il iusiurandum calumniae</i>	171
<i>4.2.1. Struttura ed oggetto del iusiurandum calumniae.....</i>	175
<i>4.2.2. Gli effetti processuali del iusiurandum calumniae.....</i>	169
<i>4.2.3. Rapporti tra iusiurandum e altri istituti repressivi della calumnia</i>	184
<i>4.3. Le sanzioni convenzionali: la promessa reciproca di agire rettamente</i>	189
<i>4.3.1. Stipulationes pretorie e altre forme di garanzia nei confronti della temeritas.....</i>	197

CAPITOLO SECONDO

LA COOPERAZIONE DELLE PARTI ALL'INTRODUZIONE DEL GIUDIZIO

1. Necessità del contraddittorio e compresenza delle parti.....	201
2. La coazione della presenza del convenuto nelle <i>legis actiones</i>	207
<i>2.1. Tipizzazione e repressione delle condotte ostruzionistiche</i>	209
<i>2.2. Il sistema delle sanzioni decemvirali: gradualità e adeguatezza</i>	221
3. Le garanzie relative all'introduzione del giudizio nel processo <i>per</i>	

<i>formulas</i>	224
<i>3.1. Le conseguenze dell'intervento del pretore sul regime della chiamata in giudizio</i>	228
<i>3.1.1. La coazione patrimoniale indiretta della partecipazione alla vocatio</i>	233
<i>3.1.2. I presupposti formali dell'intervento pretorio: absentia e latitatio</i>	242
<i>3.1.3. Le variabili del sistema: intenzionalità dell'assenza e gravità della sanzione</i>	255
<i>3.1.4. Differenziazione e adeguatezza del sistema pretorio di garanzia della vocatio</i>	266
<i>3.2. Altri rimedi di creazione pretoria posti a garanzia dell'introduzione del giudizio</i>	278
<i>3.2.1. L'azione in factum avverso il convenuto qui non venerit neque vindicem dederit</i>	282
<i>3.2.2. L'azione contro il terzo che impedisca al chiamato di comparire in giudizio</i>	296
<i>3.2.3. Il vadimonium e le garanzie processuali della comparizione differita</i>	308
<i>4. Considerazioni conclusive</i>	318

CAPITOLO TERZO

RIMEDI FORMULARI AL FRAZIONAMENTO DELLA DOMANDA

<i>1. Presentazione del fenomeno e limiti dell'indagine</i>	325
<i>2. Le caratteristiche del fenomeno: vantaggi e svantaggi della domanda parziale</i>	334
<i>3. Le aporie del moderno dibattito sul frazionamento della lite</i>	341
<i>4. Domanda frazionata e diritto romano: i confini della ricerca</i>	354
<i>4.1. L'originale soluzione del diritto romano: l'eccezione di lite divisa</i>	357
<i>5. L'eredità romanistica e il diritto moderno</i>	374

CAPITOLO QUARTO

LA GARANZIA INDIRETTA DELL'UTILITÀ DELLA CONDANNA NEI GIUDIZI RIVOLTI A UNA RESTITUZIONE IN NATURA

1. <i>Condemnatio pecuniaria</i> ed effettiva soddisfazione della pretesa azionata	381
2. La coazione indiretta dell'esecuzione in natura nei giudizi arbitrari.....	399
2.1. <i>Forme e modalità della soddisfazione in natura: l'arbitratus de restituendo</i>	404
2.2. <i>L'accertamento preliminare della fondatezza della pretesa e la facoltà di adempimento post litem contestatam</i>	409
2.3. <i>Il contenuto processuale della reintegrazione in natura e la sua valutazione</i>	421
2.4. <i>Le conseguenze processuali della mancata reintegrazione</i>	432
2.4.1. <i>Contenuti ed effetti del giuramento di stima</i>	445
2.4.2. <i>I presupposti soggettivi della condotta sanzionata: dolo e contumacia</i>	455
3. Il campo di applicazione del giuramento di stima in età formulare.....	466
4. Conclusioni: dalla clausola arbitraria al <i>favor</i> generale per l'esecuzione in natura	482

CONCLUSIONI

SINTESI E RISULTATI DELL'INDAGINE	487
---	-----

BIBLIOGRAFIA	497
--------------------	-----

INDICE DELLE FONTI.....	512
-------------------------	-----

ABSTRACT

La presente ricerca ha una peculiarità nell'oggetto ed un'altra nei fini. Nell'oggetto, perché non esamina un singolo istituto o un insieme coordinato di regole del processo romano ma propone piuttosto una «chiave di lettura» di quella realtà processuale alla luce di un'esigenza che è apparsa alla stessa in qualche misura conaturata: quella, che con lessico moderno potrebbe definirsi di «economia processuale», di assicurare la costante e adeguata cooperazione delle parti allo svolgimento del giudizio e il loro efficace contributo al conseguimento dei suoi scopi, manifestantesi con particolare pregnanza nella procedura *per formulas* in ragione delle stesse caratteristiche di quello schema processuale (centralità dell'iniziativa di parte, assenza di meccanismi pubblici di coazione diretta, sovrapposizione tra azione e pretesa sostanziale, ecc...). Nei fini, in quanto lo scopo dell'indagine in questa sede condotta non è quello di innovare le conoscenze già acquisite circa la forma o lo svolgimento del procedimento formulare, quanto piuttosto (e più semplicemente) quello di esaminare in una diversa prospettiva determinati profili della sua disciplina, individuando e mettendo in evidenza i diversi rimedi, eventualmente riconoscibili nel contesto della stessa, tendenti ad assicurare tale fondamentale esigenza di cooperazione delle parti e di regolarità del giudizio; a prescindere che gli stessi risultino come tali espressamente individuati o assolvano indirettamente a siffatta funzione senza esservi apertamente ricondotti. Nei quattro capitoli di cui si compone l'indagine (oltre all'introduzione e alla sintesi conclusiva) si indagano pertanto gli strumenti predisposti a garanzia della regolarità e dell'efficacia del giudizio in tre momenti o fasi fondamentali della vicenda processuale: la fase costitutiva del rapporto processuale e dell'introduzione del giudizio; quella dell'esercizio della pretesa giudiziale con la formulazione dell'*intentio* e il momento dell'attuazione concreta della pretesa processuale riconosciuta fondata, oltre ad esaminare - in via preliminare - una serie di istituti (non specificamente riconducibili ad uno dei momenti così individuati) ma ricondotti dalle fonti alla funzione specifica di assicurare la coerenza tra le condotte delle parti e le finalità del giudizio. Il tutto con il duplice obiettivo di valutare - per un verso - se e in

che misura gli strumenti processuali in quest'ottica accostabili si dimostrino effettivamente idonei a prevenire e reprimere gli eventuali comportamenti distorsivi (dilatatori, ostruzionistici od opportunistici) provenienti dai litiganti e - per altro verso - se alla base degli stessi possano individuarsi degli elementi comuni o delle costanti funzionali che sembrano suggerire che nel sistema processuale dell'età formulare il suddetto obiettivo di regolarità ed efficienza della vicenda del giudizio risultasse perseguito in una forma efficace e in qualche modo coerente. Un interrogativo al quale si è ritenuto di poter ricondurre, come sarà evidenziato a conclusione dell'indagine, una risposta tendenzialmente affermativa (per quanto aperta a ulteriori approfondimenti).

INTRODUZIONE

OGGETTO, FINALITÀ E METODOLOGIA DELL'INDAGINE

1. Cooperazione tra le parti ed economia processuale

«Iudicium accipitur actus ad minus trium personarum: actoris, rei, iudicis. Actoris intendentis, rei intentionem evitantis, iudicis in medio cognoscentis».

Nella sua breviloquenza, il noto aforisma di Bulgaro tramandatoci dalla Glossa¹ è divenuto nel tempo uno dei luoghi più ricorrenti e frequentati della letteratura sul processo, al punto che lo si trova richiamato - sia pur con enfasi e sfaccettature diverse - tanto nella dottrina processualcivilistica quanto nell'opera di chi si è invece occupato in maniera specifica del procedimento penale². Le ragioni di una così ampia e trasversale fortuna non risiedono evidentemente nel significato letterale - e invero pedissequo - delle parole del giurista (che di per sé altro non affermano se non che al processo partecipano di regola determinati soggetti con ruoli e posizioni tra loro di-

¹ La formulazione del brocardo, più comunemente richiamato nella forma sintetica *«Iudicium est actus trium personarum: iudicis, actoris et rei»*, è dedotta dal noto trattatello *De iudiciis* (1135-1140), su cui può rinviarsi a P. LANDAU, *Bulgarus in Pisa*, in *Honor alit Artes*, Firenze, 2014, p. 216 ss. Nella medesima ottica, sia pur con minore frequenza, è spesso richiamato anche un passo della *Summa de libellis et conceptione libellorum et sententiarum* di Bernardo da Dorna (ca. 1215): *«In causa civili, exiguntur tres personae scilicet actoris et rei et iudicis, ita criminalibus tres exiguntur scilicet accusantis, accusati et iudicis»*. Per approfondimenti sulle emersioni del principio nel diritto intermedio v. anche M. VALLERANI, *Giustizia e documentazione a Bologna in età comunale*, 2012, *passim*.

² Tra i numerosi luoghi della letteratura civilistica che più o meno esplicitamente si riferiscono al brocardo sia sufficiente ricordare, per tutti, G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione*, Napoli, 1965 [rist. dell'ed. del 1923], p. 90; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 5, Roma, 1951, p. 61; S. SATTA, *Il mistero del processo*, Milano, 1994, p. 32 e, con particolare riguardo all'istituto della conciliazione giudiziale ID., *Commentario al codice di procedura civile*, II, Padova, 1966, p. 43. Più di recente, si vedano anche L. MINGARDO, *Processus est actus trium personarum actoris rei iudicis in iudicio contententium*, in P. MORO (a cura di), *Il diritto come processo: Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, Milano, 2012 e K. NÖRR, *Iudicium est actum trium personarum*, Tübingen, 1993. Quanto ai richiami della medesima formula da parte della scienza processualpenalistica (pur tradizionalmente gelosa dell'autonomia concettuale delle sue categorie) si ricordi invece - sempre per limitarsi ai contributi più emblematici - E. DEZZA, *Geschichte des Strafprozessrechts in der Frühen Neuzeit: Eine Einführung*, Padova, 2013, p. 3.

stinte), ma devono piuttosto ricercarsi nella capacità della formula di cristallizzare in termini efficaci ciò che caratterizza il fenomeno processuale nella sua autentica essenza. Come da tempo intuito dagli autori che più di altri hanno saputo coglierne la portata esplicativa, infatti, dietro l'apparente banalità dell'espressione bulgariana si cela la coerente identificazione - a livello teorico - di alcuni tra gli elementi che maggiormente concorrono a qualificare il processo nel suo concreto funzionamento, realizzandosi in ciò un obiettivo di sintesi e di inquadramento sistematico che la dottrina moderna, pur impegnata nel costante tentativo di descrivere il giudizio in una prospettiva unitaria, ha non di rado faticato o rinunciato a conseguire³.

Da un lato, la formula riportata in epigrafe coglie l'idea della necessaria «unitarietà» del momento processuale quale prodotto delle condotte dei singoli agenti che ad esso partecipano (giudice, attore e convenuto), la quale viene posta in evidenza - a livello sintattico - attraverso la contrapposizione tra l'unitarietà del *iudicium* inteso come unico *actus* e la pluralità delle *personae* che concorrono a formarlo: *Actus trium personarum*, dunque, innanzitutto nel senso che le attività dei soggetti che prendono parte al processo - per quanto autonome e dirette ciascuna a finalità differenti - confluiscono unitariamente in un medesimo contenitore processuale e sono dunque da ritenersi parimenti necessarie ai fini della definizione dell'(unico) oggetto dell'attività giudiziale. In mancanza di un agire contestuale e congiunto di molteplici soggetti nell'ambito di un contesto giuridicamente unitario, invece, non vi è processo nel senso proprio del termine ma soltanto una sequenza di atti tra loro disgiunti o legati tutt'al più da un generico rapporto di presupposizione temporale⁴. D'altro lato, l'espressione di Bulgaro mette in risalto come ciascuna delle attività processuali così

³ La capacità di rappresentare gli elementi qualificanti del processo da una pluralità di angoli visuali sembra essere sfuggita in particolare ad entrambe le teorie sul processo che - per buona parte del secolo scorso - hanno cercato di fornire un inquadramento unitario del suo funzionamento: tanto la teoria del processo come rapporto, quanto quella del procedimento giurisdizionale quale serie di atti coordinati tra loro hanno infatti finito per concentrare l'attenzione soltanto su alcuni degli aspetti della vicenda processuale (rispettivamente quello statico della compresenza di certi soggetti e quello più dinamico della sequenza dei loro atti), senza tuttavia riuscire promuovere un adeguato coordinamento fra le due prospettive o a fornire una spiegazione simultanea dei loro corollari. In una parola, senza cogliere l'unità dei due profili così separati che è illuminata invece dalla formula della Glossa.

⁴ Sulla differenza tra un complesso di attività teleologicamente orientate a un risultato unitario e forme più labili ed indirette di collegamento tra atti che non presuppongono un'analoga contestualità o confluenza di fini si veda, tra l'altro, E. GRASSO, *La collaborazione*, op. cit., p. 585. Per la prevalenza spesso attribuita al solo profilo temporale nella qualificazione degli atti appartenenti ad una sequenza procedimentale si può rinviare anche a N. PICARDI, *La successione processuale*, Milano, 1964.

individuare come componenti dell'«*actus*» si collochi rispetto alle altre in un rapporto di reciproca integrazione, come emerge in particolare dal fatto che ognuna di esse venga tratteggiata in stretto collegamento con quelle facenti capo agli altri soggetti e quale parte di una sequenza ordinata di comportamenti attraverso la quale si sviluppa il giudizio (affermazione della pretesa azionata, opposizione alla stessa, attività giudicante sulla fondatezza delle ragioni di entrambe le parti): non si dà quindi processo in senso proprio che non implichi l'organizzazione razionale delle attività facenti capo a soggetti diversi in una struttura predefinita e logicamente ordinata, la quale rappresenta al contempo il sostrato materiale su cui poggia il giudizio e il parametro di validità degli atti posti in essere nei suoi singoli passaggi⁵. Da ultimo - ma non per questo meno incisivamente - l'aforisma citato sembra poi voler richiamare l'attenzione del giurista su un ulteriore elemento qualificante della vicenda processuale, ovvero sul fatto che alla fisiologia del processo quale attività congiunta di almeno tre soggetti (l'attore, il convenuto ed il giudice) sia coessenziale la presenza simultanea di ciascuno di essi, la quale viene implicitamente qualificata come requisito minimo e imprescindibile («*ad minus*») affinché possa effettivamente riconoscersi l'esistenza di un giudizio. Dal che discende che è sufficiente l'assenza - originaria o sopravvenuta - di uno soltanto dei soggetti in tal modo individuati, perché vengano meno al tempo stesso anche le condizioni necessarie per l'instaurazione (o la prosecuzione) del rapporto processuale secondo il suo corso ordinario⁶.

Nella definizione attribuita al discepolo di Innerio (e qui tratteggiata nei suoi risvolti essenziali), la processualistica moderna ha così voluto riconoscere - da più parti - l'enunciazione *ante litteram* di molti valori e principi in cui si identifica oggi

⁵ Il fatto che la verifica della validità o invalidità della procedura seguita si esaurisca all'interno della stessa sequenza procedurale e sia affidata ai medesimi soggetti che a questa presiedono viene talora individuato come una specificità del processo che contribuisce a differenziarlo da altre tipologie di attività sequenziali come quelle di cui si compone il procedimento amministrativo, alla cui regolarità - formale e materiale - sono invece di norma preposti organi esterni ed autonomi apparati di regole. Così, ad esempio, V. DENTI, s.v. "Processo", in *Enc. delle scienze sociali*, Roma, 1997.

⁶ Sulle implicazioni concrete di tale esigenza e sull'apparente contraddizione tra la stessa ed il regime giuridico del processo contumaciale si veda - tra gli altri - L. SALVENESCHI, *Dovere di collaborazione*, cit., pp. 2 e ss. Più ampi riferimenti in D'ADAMO, *Contributo allo studio della contumacia nel processo civile*, Milano, 2012, p. 28 e ss. e C. PAPAGNO, *Contumacia e processo equo*, Milano, 2010, *passim*.

l'ossatura fondamentale della disciplina del processo⁷. Primi fra tutti - come è facile intuire - i principi del contraddittorio e del «giusto processo» (nel senso generico dell'equo trattamento delle parti in sede processuale), dei quali si è voluta leggere nella formula bulgariana - con la sua enfasi sulla necessaria compresenza dei tre soggetti sulla scena del giudizio - una sorta di anticipazione storica del valore attribuito dai moderni ordinamenti processuali alla garanzia di una dialettica paritaria tra le parti del processo e tra queste ultime e il giudice, in cui si identifica da parte dei più il contenuto minimo della garanzia del contraddittorio⁸. Nelle stesse parole si è tuttavia voluta intravedere - per altro verso - anche l'immagine della fondamentale unitarietà del rapporto processuale come frutto dell'attività congiunta dei suoi diversi soggetti, ricollegando questo assunto all'idea di fondo - già incarnata dalla dottrina di Oskar Bülow⁹ - secondo la quale presupposto imprescindibile per l'instaurazione del giudizio è l'interazione di almeno tre soggetti in posizioni distinte ed investiti di funzioni reciprocamente condizionate. «*Actus trium personarum*», dunque, anche nel senso soggettivo di rapporto giuridico processuale (per lo meno) trilatero fra gli agenti del processo. Non è infine mancata - nella dottrina contemporanea - la tendenza a ricercare nel fortunato aforisma riportato in epigrafe la giustificazione concettuale della preferenza accordata - specie nei moderni sistemi di procedura penale - al modello processuale di natura accusatoria (fondato cioè sulla dialettica delle parti) in contrapposizione a quello - di tipo inquisitorio - che attribuisce invece un ruolo preminente ai poteri esercitati dall'autorità giudiziaria¹⁰. In questo senso, il riferimento

⁷ Un'efficace sintesi dei molteplici significati che sono stati attribuiti - in seno alla moderna dottrina processualciviltistica - ai diversi componenti della formula di Bulgaro può rinvenirsi da ultimo in E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 21 (1966), pp. 580 e ss.

⁸ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*⁶, Padova, 2008, p. 47; in senso analogo, e con espresso riferimento all'art. 111 c. 2 Cost. nella sua nuova formulazione, anche M. GRADI, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della «terza via»*, in *Riv. Dir. proc.*, 2010, pp. 826 ss. Dello stesso autore si veda anche - per un approfondimento della tematica - ID., *Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile*, in *Lo Sguardo - Rivista di filosofia*, 8 (2012), pp. 95 ss.

⁹ O. VON BÜLOW, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Gießen, 1868. L'idea dell'instaurazione di un vincolo necessario tra le parti del processo e tra queste ed il giudice si trova in parte anticipata anche nell'opera di A. WACH (*Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*) e di J. KOHLER (*Der Prozess als Rechtsverhältnis*), nonché - per ambito italiano - in quella di L. FERRARA (*La nozione del rapporto processuale*), ma è soltanto nella sintesi di Bülow che essa ha trovato la sua definitiva formalizzazione in una dottrina unitaria. Sul ruolo dell'opera di von Bülow nella fondazione della teoria del processo come relazione giuridica trilaterale o plurilaterale si rimanda in particolare a G. FINOCCHIARO, *Negoziato e rapporto giuridico processuale*, Torino, 1971, *passim*.

¹⁰ Una correlazione tra il modello accusatorio della giustizia penale e la concezione del processo quale «*actus trium personarum*» (tra accusa, difesa ed organo giudicante) è suggerita ad esempio da C. VALENTINI, *L'impugnazione della parte civile: in mezzo al guado fra la riforma della "Pecorella" e le*

ai compiti distinti delle parti e al ruolo del giudice come «medio» tra le stesse andrebbe pertanto interpretato come un incisivo richiamo all'esigenza che il processo si svolga in ogni caso su iniziativa dei privati e delle loro attività, e sulla base dell'attività dei contenenti, imponendosi da un lato una netta distinzione tra i ruoli delle stesse e - dall'altro - un'equanime terzietà del giudicante rispetto ai loro contrapposti interessi come concretamente azionati e fatti valere nel processo¹¹.

È tuttavia un altro ancora l'aspetto portante del fenomeno processuale che - pur nella minore costanza delle interpretazioni in tal senso¹² - il testo di Bulgaro può contribuire ad illuminare; ed è quello della necessaria cooperazione tra le parti quale fondamentale criterio organizzativo del meccanismo processuale. Più che richiamare l'attenzione - nei termini suddetti - sui profili che attengono alla dimensione «statica» dell'agire processuale (compresenza delle parti necessarie, equa ripartizione di compiti e poteri loro attribuiti), le parole del giurista sembrano infatti voler cogliere e comunicare al lettore l'esigenza fondamentale di una collaborazione tra le parti nello svolgimento del giudizio, vale a dire l'idea - riguardante piuttosto la «dinamica» del rapporto processuale - per cui non può esservi processo se non per il tramite dell'azione congiunta di tutti i suoi agenti, ciascuno impegnato nel proprio ruolo individuale ma chiamato al tempo stesso a cooperare con gli altri per il perseguimento del fine condiviso del buon esito del giudizio. Se si riflette sulla consueta definizione del processo quale «serie ordinata e coordinata di atti»¹³ finalizzati alla tutela giuri-

dichiarazioni di incostituzionalità, in *Arch. Pen.*, 2, 2013, pp. 473 ss., ove si esprime tra l'altro una certa diffidenza critica nei confronti dell'idea tratteggiata per cui la riforma in senso accusatorio attuata dal legislatore italiano a partire dagli anni '80 possa effettivamente ritenersi corrispondente all'ideale trilatero e paritetico del processo comunemente associato all'impiego del nostro brocardo. Più in generale sulla contrapposizione tra processo inquisitorio e modello accusatorio (o metodo dispositivo di formazione della decisione giudiziaria) si veda P. CALAMANDREI, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, in *Studi sul Processo Civile*, II, Padova, 1957, pp. 321 ss.

¹¹ In quest'ordine di idee, da ultimo, S. CIAMPI, *L'informazione dell'indagato nel procedimento penale*, Milano, 2010: «la sistematica di un processo accusatorio, invece, si caratterizza quantomeno a livello deontico, sia per il preciso rispetto della geometria dell'actus trium personarum, sia per la tendenziale separazione funzionale tra la fase investigativa e quella del giudizio [...]».

¹² Fra le non molte letture che insistono sul punto spicca, per lucidità e coerenza, quella di E. GRASSO, *La collaborazione*, cit., in cui l'autore si sofferma sulle diverse implicazioni del brocardo medievale dal punto di vista della plurisoggettività del processo. Sul ruolo emblematico del contributo di Grasso nell'emersione della tematica e nel riconoscimento della sua centralità si veda anche, da ultimo, L. SALVENESCHI, *Dovere di collaborazione e contumacia*, in *Riv. Dir. proc.*, 69 (2014), p. 564.

¹³ Ma anche, volendo, su quella più specifica di E.T. LIEBMANN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1980, p. 31, che lo qualifica come «meccanismo giuridico in movimento, nel quale si incontrano e si scontrano forze giuridiche diverse, tese a conseguire i loro intenti...».

sdizionale di un interesse protetto, e si considera che tali atti provengono necessariamente da soggetti diversi e con interessi distinti (quando non contrapposti), ci si avvede in effetti che difficilmente un processo conseguirebbe il suo scopo senza una minima disponibilità dei suoi attori a cooperare tra loro. A nulla varrebbero - in mancanza di questa - la terzietà del giudice e l'uguaglianza delle parti di fronte allo stesso, né avrebbe senso assicurare l'instaurazione tra questi soggetti del più pieno contraddittorio. A quale scopo, del resto, realizzare un equo bilanciamento delle forze processuali se non vi fosse un criterio minimo preposto ad organizzare il fruttuoso esercizio delle stesse? Perché circoscrivere l'attività delle parti - come quella del giudice - entro regole precise se gli interessi e gli egoismi individuali fossero liberi di condizionare l'esito del processo in un senso o nell'altro? Perché - in definitiva - perseguire l'efficienza del meccanismo processuale (ossia la riduzione dei suoi costi) quando ad essere a rischio è - prima ancora - la sua stessa efficacia (intesa come idoneità del giudizio a raggiungere i suoi scopi naturali)?

Quella che emerge da una simile prospettazione è dunque un'immagine del processo quale struttura condivisa ed essenzialmente collaborativa, vale a dire l'idea che - a prescindere dalla consapevolezza di tale necessità nell'ordinamento positivo e nella discussione scientifica¹⁴ - ogni giudizio esiga un certo grado di coordinamento tra le attività che promanano dai suoi protagonisti e si configuri pertanto - prima ancora che come momento conflittuale - quale «prodotto cooperativo» delle loro iniziative. In quest'ottica - che alla luce di quanto suesposto potrebbe definirsi «dinamica» o funzionale - il processo non costituisce cioè un'«unità» semplicemente in quanto riunisce in un'unica sede le differenti attività di coloro che vi partecipano, quanto piuttosto - ed in senso più pregnante - in quanto presuppone il coordinamento costruttivo di tali attività verso un unico risultato, ossia che le singole forze esercitate nel giudizio dalle parti processuali si coordinino tra di loro nella realizzazione del comune interesse al buon esito del giudizio. In seno al processo, in altri termini, l'autonomia

¹⁴ Consapevolezza che è del resto notevolmente mutata, come si avrà modo di evidenziare nel seguito dell'indagine, tanto in ragione dell'epoca storica che si prende in esame quanto in rapporto alle diverse regolamentazioni positive del fenomeno processuale. Per alcuni accenni alla variabilità dogmatica e all'alterna fortuna riservata in dottrina - e nella prassi legislativa - al problema della collaborazione tra le parti del processo e al principio della correttezza processuale si veda in particolare il recente saggio di F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, I, Padova, 2000, pp. 2 ss.; nonché - anche per un raffronto in prospettiva comparatistica con le esperienze straniere - G. SCARSELLI, *Sul cd. abuso del processo*, cit.

individuale non si esprime - come sul piano sostanziale - nella semplice facoltà di perseguire un interesse nei modi riconosciuti dall'ordinamento giuridico, ma si pone in correlazione con l'attività di un altro soggetto con i medesimi fini ed è sottoposta alla valutazione di meritevolezza di un giudice terzo. Come a dire che - in chiave operativa - il processo è costituito da qualcosa di più della somma aritmetica delle facoltà delle parti e dei poteri del giudice, poiché risulta da una combinazione virtuosa - delle une e degli altri - strumentale a consentirne la successiva adozione di un provvedimento decisorio che nasce dall'apporto congiunto di tutti i soggetti¹⁵.

Pur nascendo dalla contrapposizione fra interessi individuali degenerata in una lite - e quindi dal conflitto - è del resto nella composizione di quest'ultimo che il processo trova ultimativamente la propria ragion d'essere, così che la mancanza di un nucleo minimo (e adeguatamente condiviso) di cooperazione tra i litiganti contraddirebbe le stesse motivazioni della sua instaurazione, traducendosi di fatto in un integrale rifiuto del suo fondamento e in un'inevitabile frustrazione delle sue finalità¹⁶. Se il processo è prima di tutto un momento di confronto e di sintesi conciliativa tra le ragioni le parti, in altri termini, è inevitabile che esso richieda - quale condizione di partenza - l'accettazione da parte delle stesse di regole comuni che governano il gioco, se non altro nel senso di una parziale attenuazione del conflitto originario volta a consentire l'instaurazione di un livello minimo di «comunione di lavoro» che ne renda possibile o comune ne favorisca la potenziale soluzione. Il che non significa rinunciare da principio alle contrapposte affermazioni che hanno generato la lite - senza le quali cesserebbe anzi la materia del contendere - ma più semplicemente impegnarsi a farle valere nel processo in forme e modalità preventivamente stabilite e ad accettare che le medesime possibilità siano offerte in astratto anche alla sua controparte, così come in una competizione sportiva ciascun contendente persegue il fine ultimo della vitto-

¹⁵ L. SALVENESCHI, *op. cit.*, pp. 586 e ss., la quale sottolinea - con sintesi incisiva - come il concetto di collaborazione processuale così delineato implichi in questo senso qualcosa in più rispetto al semplice accostamento tra più attività fra di loro concatenate in una sequenza di atti ed acquisti pertanto - nella sua più autentica ed eloquente portata - un significato essenzialmente "positivo". In senso analogo - e con più ampi riferimenti alla letteratura precedente - E. GRASSO, *op. cit.*, pp. 585-586.

¹⁶ In quest'ottica deve leggersi l'opinione di coloro - fra gli interpreti più acuti della realtà processuale - che hanno voluto riconoscere nella collaborazione tra le parti e tra queste e l'autorità giudiziaria un elemento qualificante della funzione giudiziaria che contribuisce a differenziarla da quella legislativa e da quella esecutiva o *lato sensu* amministrativa, nelle quali i pubblici poteri possono invece agire - almeno di regola - anche senza o a prescindere dal concorso del privato: in questo senso rimane in particolare eloquente il contributo di F. CARNELUTTI, *Teoria generale del Diritto*, Roma, Foro It., 1951, p. 61; nonché ID., *Sistema del processo civile*, *op. cit.*, pp. 113 e ss.

ria sull'avversario ma deve agire al tempo stesso nel rispetto di regole del gioco definite a priori anche nell'interesse e a tutela di quest'ultimo. All'instaurazione del rapporto processuale fra determinati soggetti si accompagna così - se non altro implicitamente - l'accettazione tra gli stessi di un onere corrispettivo a favorire con le proprie condotte l'ordinato svolgimento del giudizio fino all'esito «naturale» della definizione della lite, coordinando in tal modo il rispettivo interesse ad ottenere un pronunciamento del giudice a sé favorevole con quello comune (e in questo senso condiviso) alla corretta ed efficiente risoluzione del conflitto.

Il riconoscimento della basilare esigenza di collaborazione tra le parti che caratterizza il processo si traduce poi - specularmente - nella consapevolezza che lo stesso atteggiamento cooperativo che consente di regola il buon esito del giudizio può anche risultare compromesso - nel caso concreto - da situazioni patologiche, vale a dire dal rifiuto di uno o più dei soggetti processuali di contribuire attivamente al suo normale svolgimento, se non addirittura dalla volontà degli stessi di impedire od ostacolare la realizzazione di quest'ultimo onde perseguire in maniera esclusiva il proprio interesse individuale o comunque finalità estranee a quelle per le quali il processo si è instaurato. Tali patologie della collaborazione tra le parti possono poi manifestarsi - con forme e contenuti diversi - in qualsiasi momento della vicenda processuale, assumendo intensità e dimensioni notevolmente differenti e dando luogo a conseguenze più o meno gravose per la regolarità del giudizio. Può così accadere che una delle parti osservi nel processo una condotta sleale o reticente che impedisce la reale instaurazione di un confronto dialettico con l'avversario e quindi la corretta formazione del convincimento del giudice, oppure che essa si avvalga di strumenti e facoltà processuali di per sé formalmente attribuitele ma per fini aberranti e contrari al buon esito del giudizio (come nel caso della ripetuta richiesta di misure cautelari che si rivelino superflue), o ancora che l'azione giudiziaria sia esercitata dall'attore nonostante la consapevole infondatezza della pretesa fatta valere, al solo scopo - emulativo e vessatorio - di costringere l'avversario a resistere in giudizio, senza contare le numerose forme «intermedie» di frustrazione delle finalità del giudizio che possono even-

tualmente risultare dalla combinazione di quelle descritte¹⁷. Né d'altro canto può escludersi che un'analoga carenza di cooperazione al regolare ed efficiente svolgimento del giudizio possa derivare da un cattivo esercizio delle prerogative del giudice quale *dominus* del processo, come nel caso in cui questi ometta o ritardi il compimento di atti compromettendo l'effettività della tutela assicurata alle parti¹⁸. Di fronte al rischio che tali spinte «centrifughe» in senso contrario alla cooperazione nel processo ne sacrificino l'unità funzionale e gli impediscano - in ultimo - di conseguire i propri fini, è quindi evidente che nessuna disciplina processuale può ritenersi completa ove non predisponga adeguati strumenti di «autotutela» del giudizio rispetto a tali patologie, ovvero una serie di meccanismi operanti all'interno della sequenza processuale con lo scopo di individuare le sue eventuali distorsioni e di ripristinarne - ove possibile - il regolare svolgimento. Ciò che può assicurarsi - a seconda dei casi - sia prevenendo l'insorgere stesso dei comportamenti disfunzionali (tutela preventiva), che reprimendo a posteriori le conseguenze delle condotte non collaborative già manifestatesi nell'*iter* processuale, e rimuovendo in tal modo gli indebiti vantaggi da esse generati in favore di una parte (tutela sanzionatoria)¹⁹. Sul piano positivo, si rende così manifesta la necessità che le regole sullo svolgimento del processo non si limitino ad assicurare la possibilità astratta della cooperazione tra le parti (ad es. garantendo formalmente il contraddittorio fra le stesse), ma tendano a realizzare una condivisione il più possibile effettiva delle sorti e delle finalità del giudizio, predi-

¹⁷ Per una sintetica ricostruzione delle (molteplici) modalità con cui la necessaria cooperazione tra le parti del processo può risultare compromessa o quanto meno intaccata si vedano ad es. M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di «abuso del processo»*, in *Diritto Privato*, III, 1997, pp. 437 ss. e - più di recente - G. SCARSELLI, *Sul cd. «Abuso del processo»*, in *Riv. Dir. proc.*, 2012, pp. 1448 ss. Sulle conseguenze delle condotte riluttanti delle parti rispetto all'esigenza di contribuire alla completezza e verità del *thema decidendum* si veda anche il recente contributo di M. GRADI, *Il divieto di reticenza e di menzogna delle parti nel processo civile*, in *Diritto e Formazione*, 5, 2009, pp. 793 ss.

¹⁸ Con riguardo alla funzione del giudice nel garantire la regolarità dell'*iter* processuale si veda ad es. M. FANTACCHIOTTI, *Profili sostanziali: le infrazioni disciplinari e le relative sanzioni*, in *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, Milano, 2010. Considerazioni più generali in G. BASSU, *La questione della responsabilità del giudice*, Sassari, 1985 e G. SCELISI, *Riflessioni sulla responsabilità civile del giudice*, Napoli, 1979. Accenni al problema degli abusi del giudicante sono presenti anche in A. CASTALDO, *L'uso distorto del processo*, riflessioni a margine di Cass. n.155/2011.

¹⁹ Per una rassegna delle possibili reazioni ordinamentali al problema della strumentalizzazione del mezzo processuale a fini diversi da quelli suoi propri può rinviarsi a M.F. GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012; nonché a G. VERDE, *Abuso del processo e giurisdizione*, in *Il dir. proc. amm.*, 33 (2015), pp. 1138 ss. A fronte della varietà di effetti lesivi potenzialmente derivanti da simili condotte sia nei confronti della controparte che del processo in quanto tale in A. DONDI, A. GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso nel processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, p. 193 ss. si parla in tal senso di «*illecito processuale plurioffensivo*».

sponendo i rimedi necessari ad attuare o ripristinare la cooperazione funzionale al giudizio nonostante le eventuali iniziative con essa incompatibili²⁰.

Certo la varietà e l'intensità dei rimedi processuali a tal fine predisposti può variare notevolmente da un ordinamento all'altro e a seconda della tipologia del processo interessato²¹ - così come diversa può essere la consapevolezza del potere normativo e degli operatori giuridici quanto alla loro utilità in ordine all'efficienza della macchina processuale - ma non vi è dubbio che l'esigenza di un criterio organizzativo minimo della partecipazione delle parti allo svolgimento del giudizio appartenga - in una certa misura - allo stesso modo d'essere di ogni sistema processuale (compresi quelli che all'apparenza rifiutano un incentivo diretto della cooperazione tra le parti), posto che in assenza di una garanzia (comunque attuata) di collaborazione reciproca il processo si ridurrebbe ad una semplice antitesi di posizioni contrapposte, inidonea ad assolvere la propria naturale funzione quale strumento di garanzia della pace sociale.

Il brocardo bulgariano richiamato in apertura è servito così - se non altro - ad evocare una dimensione dell'esperienza processuale che, specie sotto la spinta di una crescente esigenza di celerità della giustizia, ha assunto negli ultimi anni un ruolo di primissimo piano nel panorama della riflessione scientifica sul diritto processuale: quella che si esprime comunemente - nel linguaggio della dottrina contemporanea - con l'enfatica locuzione «economia del processo». Quest'ultima - di per sé vaga e scarsamente indicativa²² - è impiegata di regola per riassumere unitariamente sotto

²⁰ Sulla tendenziale inidoneità della semplice garanzia del contraddittorio tra le parti (come principio di uguaglianza formale) a realizzare una disciplina del processo effettivamente orientata nel senso della collaborazione attiva tra i suoi diversi soggetti ritorna più volte, in modo specifico, E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, op. cit., in particolar modo alle pp. 591 e ss. A questo scopo, lo stesso principio andrebbe quindi realizzato nel processo «*in senso forte*» (N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, cit., p. 193), ossia come garanzia dell'eguaglianza sostanziale delle parti derivante dalla possibilità che ciascuna di esse partecipi attivamente e lealmente allo svolgimento del giudizio.

²¹ È evidente, ad esempio, che gli strumenti di garanzia della cooperazione tra le parti nel processo civile debbano essere diversi - e almeno in parte autonomi - rispetto a quelli predisposti per il processo criminale, se non altro in ragione della differente connotazione delle attività delle parti e della conseguente diversità delle condotte disfunzionali o non cooperative poste in essere dalle stesse. Sulla diversa propensione dei singoli sistemi processuali a perseguire il fine della collaborazione tra le parti attraverso la previsione di appositi rimedi si tornerà invece - in breve - in questa stessa introduzione.

²² Per un inquadramento generale della tematica quale risposta alle istanze di razionalizzazione e velocizzazione della giustizia civile può rinviarsi - in letteratura - a L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, Padova, voll. I e II, 1980-1982, il quale evidenzia tra le altre cose come nella letteratura processualcivile più recente e nella giurisprudenza di tale concetto si sia fatto un uso per lo più frammentario e descrittivo con l'intento di trovare una soluzione all'immanente crisi dell'amministrazione della giustizia, riferendovi la *ratio* di molteplici istituti senza tuttavia "[...] aver cura di ap-

un unico concetto le molteplici problematiche - strutturali e funzionali - sottese alla esigenza di assicurare la capacità del processo di perseguire i suoi fini nella maniera più efficiente: sia nella più generale ottica di politica economica di una riduzione dei costi della giustizia attraverso il minor dispendio possibile di attività processuale; sia in quella - più propriamente tecnico-giuridica - dell'individuazione dei meccanismi idonei a migliorare e semplificare il funzionamento del giudizio nell'interesse di un più efficiente raggiungimento della verità processuale²³. Intendendo l'«economicità» del procedimento - nell'accezione paretiana caratteristica dell'analisi economica²⁴ - come la migliore allocazione delle risorse disponibili a fronte delle finalità per mezzo di esse perseguite, in altri termini, si è evidenziata da più parti la necessità di valutare l'efficienza e l'adequatezza del sistema processuale dal punto di vista della sua capacità di realizzare un opportuno temperamento tra l'effettività della tutela processuale²⁵ e l'interesse - con questa astrattamente confliggente - alla sostenibilità finanziaria dell'apparato giudiziario, salvo poi pervenire a conclusioni estremamente variegata quanto alle forme e alle modalità concrete attraverso cui perseguire simile risultato²⁶. Al punto che la stessa categoria concettuale dell'economia del processo -

profondirne la natura ed il significato". Per una rassegna della letteratura più recente relativa alla questione può rinviarsi a G. SEGALA, *Il principio di economia processuale*, Milano, 2011, *passim*.

²³ Nella accennata mancanza di un compiuto tentativo di definizione del concetto, peraltro, qualsiasi tentativo di delimitarne i contenuti oltre un certo grado di approssimazione risulterebbe ozioso. Qualche indicazione circa le problematiche ad esso riferibili può ricavarsi - oltre che dalla richiamata monografia di Comoglio - dai precoci contributi sul tema elaborati dalle letterature tedesca del secolo scorso (si veda, in particolare, E. SCHUMANN, *Die Prozessökonomie als rechtsetisches Prinzip*, in F.S. LARENZ, München, 1973; nonché E. SCHMIDT, *Der Zweck des Prozesses und seine Ökonomie*, Frankfurt a. Main, 1973), in cui si alternano pressoché fungibilmente le espressioni *Prozessökonomie*, *Prozesswirtschaftlichkeit* e *Verfahrensökonomie*. Sempre nell'area tedesca (tradizionalmente più attenta al problema), si segnala da ultimo il recente contributo di M. PFLUGHAUPT, *Prozessökonomie: Verfassungsrechtliche Anatomie und Belastbarkeit eines gern bemühten Arguments*, Tübingen, 2011.

²⁴ Per un'introduzione all'applicazione dei metodi della *Law and Economics* di matrice anglosassone alla ricostruzione degli istituti giuridici può rinviarsi a P. ALPA - P. CHIASSONI - A. PERICU - F. PULITINI - S. RODOTÀ - F. ROMANI, *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1998; Riferimenti più specifici all'impiego dell'analisi economica per la valutazione del processo e del ruolo del giudice in F. AULETTA, *Una lezione di analisi economica del diritto processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, p. 633 ss, nonché in M.D'ANTONI, *L'analisi economica del contenzioso civile*, in *Pol. Dir.*, 2005.

²⁵ Intesa - nel senso chiovendiano - come l'idoneità del giudizio a «[...] dare, per quanto possibile praticamente, a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire» (G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, cit. [rist. 1965], pp. 39 e ss.

²⁶ In dottrina si veda M. CHIAVARIO, *Garanzia ed efficienza: un equilibrio difficile ma essenziale*, in ID, *Garanzie ed efficienza della giustizia penale. Temi e problemi*, Torino, 1998, p. 123; analogamente M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Riv. Ass. it. cost.*, 4 (2014), in cui si legge tra l'altro che «la questione del rapporto tra speditezza processuale e garanzie è indubbiamente quella in cui le vicende della tutela effettiva e dell'efficienza, pur restando - si badi - concettualmente distinte, sembrano mescolarsi in modo più chiaro. Il processo lento, infatti, non soltanto è incapace di

lungi dal mostrare un significato preciso e sufficientemente omogeneo - ha finito per assumere la connotazione di un «contenitore» generico (e tutto sommato ambiguo) di giudizi ed opinioni notevolmente diversi, accomunati soltanto dalla preoccupazione diffusa - e sempre più pragmaticamente avvertita - di assicurare nel giudizio uno *standard* sufficiente di celerità ed efficienza funzionale²⁷.

All'interno della generica nozione di «economia del processo», non confluiscono quindi soltanto le questioni relative alla disciplina del giudizio in senso più possibile funzionale alla buona amministrazione della giustizia, ma anche - e prima ancora - le aspirazioni e i suggerimenti operativi volti ad evitare che, nonostante una rigorosa disciplina degli istituti processuali, l'intervento di fattori estranei alla fisiologia del processo impedisca a quest'ultimo di raggiungere i suoi scopi, o - se non altro - di raggiungerli nei tempi e con le modalità ritenute più auspicabili. Sotto l'etichetta omogenea dell'«economia processuale», di conseguenza, sono state riunite tanto valutazioni di principio - *de iure condito* e *de iure condendo* - circa i mezzi per favorire l'accelerazione delle attività processuali e l'economia degli atti giuridici²⁸, quanto osservazioni più puntuali circa le possibilità di reazione dell'ordinamento processuale a fronte di condotte e iniziative incompatibili coi suoi fini giustiziali, non di rado concependo queste ultime (quali momenti di crisi dell'efficienza processuale) come antitesi delle stesse finalità acceleratorie ed efficientistiche sopra menzionate²⁹. Il tutto nella convinzione - e nell'auspicio - che la predisposizione (anche a livello positivo) di simili strumenti di prevenzione o di repressione delle condotte «anti-

soddisfare nel migliore dei modi l'aspirazione ad ottenere un certo bene della vita, ma è anche un disincentivo agli investimenti ed ostacola l'attrazione di capitali stranieri [...]».

²⁷ Nonostante la diffusa utilizzazione del termine nella letteratura processualistica recente, si riscontra così una notevole varietà ed incertezza dei temi e contenuti ad esso ricondotti, in cui vengono spesso associati - più o meno indistintamente - profili sprovvisti di una diretta correlazione, quali il problema tecnico del risparmio dell'attività processuale e quello della garanzia costituzionale di una ragionevole durata del processo. La medesima ambiguità semantica nell'impiego del termine sembra emergere peraltro anche in giurisprudenza, ove si assiste a un richiamo frequente all'economia del processo quale criterio giustificativo dei più diversi istituti (tra le pronunce più autorevoli che hanno impiegato il sintagma si vedano ad es. Cass. S.U. 23.1.2013, n. 1521 e 4.10.2010, n. 18050, nonché C. Cost., 1965 n. 11/1965, in cui si legge che «il principio dell'economia processuale vige indubbiamente in tutto il processo, rispondendo all'imperiosa esigenza d'una giustizia il più possibile sollecita».

²⁸ In tal senso si veda, ad esempio, P. DE MARTINIS, *La responsabilità del promittente nella prelazione volontaria*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 13, nt. 21, con ulteriori riferimenti alle posizioni della dottrina.

²⁹ L. NICOTRA, *L'abuso del processo tra regole deontologiche ed esigenze di economia processuale*, Seminario in tema «Etica, economia e diritto», Genova, 2008, p. 15 ss.; Per i rapporti tra cooperazione processuale, celerità del giudizio ed effettività della tutela v. F. NAEF, *Per l'effettività della giustizia civile - Spunti per una discussione de lege ferenda*, in *Nuova Riv. dir. comm. e proc.*, pp. 63 ss.

economiche» dei soggetti processuali possa contribuire in concreto alla realizzazione di un sistema giurisdizionale autenticamente efficiente nel suo funzionamento.

A questo punto, non si fatica ad intravedere una stretta correlazione tra il concetto di economia del processo come appena sintetizzato e la richiamata esigenza di assicurare un'adeguata collaborazione tra i suoi molteplici agenti. Dal momento che la cooperazione di questi soggetti è - in una misura o nell'altra - condizione necessaria del cammino processuale, infatti, ben si comprende come il primo e più pericoloso ostacolo all'efficienza del giudizio sia costituito proprio dalla potenziale indisponibilità dei suoi protagonisti a prestare il loro attivo contributo al suo regolare svolgimento. A rendere specialmente pernicioso tale rifiuto di cooperare all'economia del processo è la circostanza che esso provenga - a differenza di altri potenziali ostacoli alla regolarità del giudizio (quali un fatto sopravvenuto o una causa di sospensione) - direttamente «dall'interno» del meccanismo processuale, dipendendo in ultima analisi da una scelta degli stessi soggetti nell'interesse dei quali il processo si svolge (nel caso delle parti) o che sono preposti (nel caso del giudice) alla sua direzione. È del resto evidente che, se le singole forze processuali non si coordinano tra loro in una sintesi positiva ma vengono esercitate in modo individualistico e non cooperativo, difficilmente il processo potrà rispondere in concreto ad un criterio di efficienza, in quanto il perseguimento di obiettivi diversi da quello comune del buon esito del giudizio si tradurrà inevitabilmente in un maggiore o superfluo dispendio di energie processuali. E ciò a prescindere dall'efficienza dei meccanismi formalmente preposti alla disciplina della dinamica processuale, i quali - per quanto essenziali a garantire la speditezza e la puntualità del giudizio - non possono in alcun caso surrogarsi all'impulso derivante dalla condotta delle parti (e dell'autorità giudiziaria).

Dei due profili dell'economia processuale in tal senso individuabili - quello «esterno» derivante dalla semplificazione formale del rito con un'adeguata organizzazione dei suoi passaggi necessari; e quello «interno» che presuppone la collaborazione di tutti gli agenti all'efficienza del giudizio - è quindi il secondo quello di gran lunga più problematico e difficile da promuovere, in quanto la sua soddisfazione impone di intervenire - direttamente o indirettamente - sulla stessa volontà e libertà di agire di coloro che vi partecipano. Un obiettivo tanto più arduo da raggiungere in quanto pre-

suppone il superamento dell'idea tradizionale che il processo costituisca - per sua stessa natura - il luogo di antitesi tra le condotte delle parti, così che la sua efficienza e l'attuazione dei suoi scopi sarebbero sufficientemente garantiti dalla previsione di regole precise che governano il «gioco», di cui ciascun contendente potrebbe tuttavia servirsi nel modo più congeniale alla piena attuazione dei suoi particolari interessi³⁰. Naturalmente, una rigorosa disciplina della dinamica processuale (che eviti - tra l'altro - l'inutile moltiplicazione dei riti e garantisca l'ordinata successione delle fasi procedurali) è condizione imprescindibile per un giudizio rapido, efficiente e fedele ai propri scopi³¹, ma da sola non è sufficiente ad assicurare la migliore realizzazione possibile del processo quale attività collettiva, occorrendo a tal fine anche un giusto grado di lealtà e cooperazione tra i suoi singoli agenti, i quali - anche nel sistema processuale astrattamente più efficiente - non possono in concreto essere giudicati «*se non aiutano a giudicare*»³². Ciò che equivale a riconoscere - in ultima analisi - che il problema dell'economia del processo nella sua dimensione più autentica è essenzialmente un problema di valutazione e controllo del comportamento suoi agenti, trattandosi di assicurare che le attività processuali di ciascuno di essi siano il più possibile coerenti - in ogni momento - con le finalità del giudizio.

Ogni considerazione circa l'efficienza di un sistema processuale nel garantire l'attuazione delle finalità di giustizia passa quindi - in una certa misura - anche dall'esame dei mezzi giuridici in esso predisposti onde assicurare la collaborazione delle parti (e degli altri soggetti) a questo risultato, ossia dall'analisi dei rimedi - di qualsivoglia natura - che consentono di prevenire o se del caso reprimere le condotte

³⁰ Tale è la prospettiva che emerge tutt'ora dalla posizione di quegli autori che rifiutano l'idea di una cooperazione "necessaria" nel processo in senso diverso dalla mera condivisione delle regole formali che presiedono al giudizio e che evidenziano pertanto come la funzione delle parti e dei loro difensori sia quella «*della difesa o protezione dei propri interessi*». Così, ad es., G. SCARSELLI, *op. cit.*, p. 1450.

³¹ Lo testimonia tra l'altro il tortuoso percorso delle riforme del processo civile susseguitesì nel corso degli anni con l'obiettivo di favorire la deflazione del contezioso giudiziario e l'accelerazione e concentrazione dei riti processuali, le quali - pur avendo quasi sempre individuato in tale esigenza il proprio compito primario - raramente hanno saputo intaccare le autentiche ragioni della lentezza e inefficienza dei processi. Per una rassegna sintetica dei numerosi interventi legislativi occasionati dall'urgenza di affrontare il problema si veda A. BUCCI, *Le nuove riforme del processo civile*, Padova, 2009, pp. 3 ss. Le stesse finalità di semplificazione e accelerazione del rito hanno ispirato - da ultimo - il D.d.l. n. 2016/2953-A (*Delega al governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile*), il cui iter si è recentemente concluso con l'approvazione del D.L. 31 agosto 2016, n. 168.

³² L'espressione si legge in F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 92, e può richiamarsi in questa sede nella misura in cui contribuisce a chiarire - coerentemente alla prospettiva finora seguita - che l'efficienza del giudizio passa innanzitutto dalla disponibilità delle parti a cooperare allo stesso.

contrastanti con lo stesso obbiettivo. Detto altrimenti, la valutazione dell'economia del processo si risolve nella valutazione degli espedienti di tecnica processuale per mezzo dei quali, da un lato, s'inducono le parti a cooperare positivamente al giudizio e, dall'altro, si sanziona il loro rifiuto di agire a tale scopo, così da garantire - in un senso o nell'altro - la concentrazione e l'immediatezza delle attività processuali che - secondo una nota ed efficace teorica - dovrebbero assicurare l'utilità del processo³³. Ora, è naturale che questa esigenza di coordinamento tra le forze processuali e di funzionalizzazione del loro agire verso le finalità del giudizio sia tanto più immediatamente percepita quanto più un ordinamento processuale abbia maturato la consapevolezza dell'importanza di tale condizione per l'efficace perseguimento dei suoi fini politico-istituzionali. Non stupisce quindi che le prime significative emersioni del principio in esame - inteso come criterio organizzativo della disciplina processuale - risalgano all'epoca delle grandi riforme processuali di fine Ottocento³⁴, ossia alla dimensione storica in cui si è delineata con maggiore evidenza l'idea della funzione giurisdizionale come compito essenziale dello Stato e del processo come rapporto giuridico di diritto pubblico che intercorre fra il cittadino e gli organi titolari del potere giudiziario³⁵. Idea a cui era correlata, in modo inestricabile, l'esigenza di una «strumentalizzazione» del processo all'interesse dei pubblici poteri tale da prevenirne i risvolti antieconomici; sia nel senso del massimo contenimento degli oneri finanziari per le casse dello stato, sia in quello - più generale - della riduzione delle iniziative giudiziali ritenute superflue perché non corrispondenti ad un pubblico interesse all'attuazione della giustizia³⁶. E ciò non soltanto all'interno del singolo giudi-

³³ Il riferimento è ovviamente a due dei tre fattori della "triade" chiovendiana concentrazione-oralità-immediatezza, nella cui mancata attuazione il maestro piemontese individuava la principale ragione delle molteplici inefficienze del processo civile. Sul punto G. CHIOVENDA, *Principi*, cit., p. XIII-XV.

³⁴ Lo stesso Chiovenda, a cui si deve il primo autorevole rinvio alla centralità del principio nel nostro ordinamento, riconduce i primi tentativi di attuazione dello stesso alla legislazione tedesca e austriaca degli ultimi anni del XIX secolo, lamentando di converso come in Italia di immediatezza e oralità dei giudizi civili «non s'era parlato più dal periodo della codificazione» e che la stessa legge di riforma del 1901 aveva lasciato il problema sostanzialmente invariato (*Principi*, cit., p. XV).

³⁵ La svolta nel senso della pubblicizzazione dell'ideale del processo e dei suoi scopi, manifestatasi in un primo tempo nel seno della dottrina tedesca (v. per tutti, H. DENGELKOLB, *Einlassungszwang und Urteilsnorm*, Leipzig, 1877), non tardò del resto a estendersi e ad essere recepita anche in Italia (fra gli altri, in particolare, L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*⁵, passim e, più di recente, E. ALLORIO, *Pensiero storico e scienza processuale*, in *Riv. Dir. comm.*, 1939, 129 ss.). Al riguardo, specie per un confronto fra tale rinnovata impostazione e la tendenziale indifferenza dell'economia dei giudizi alla scienza processualistica liberale v. L.P. COMOGLIO, *op. cit.*, p. 16 ss.

³⁶ Eloquenti, in entrambe le prospettive, le parole impiegate da F. STEIN, *Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Beurteilungsklage*, Halle, 1903, p. 107, secondo cui „...der

zio ma anche nel rapporto tra i diversi processi, poiché anche in quest'ottica "conviene ottenere il massimo risultato nella attuazione della legge col minimo possibile impiego di attività giurisdizionale"³⁷.

Questa dunque la fondamentale matrice - storica e ideologica - dell'enfasi che gli studi processualciviltistici degli ultimi due secoli hanno riposto, in misura inorganica ma pressoché costante, sulla tutela dell'economia dei giudizi e le strategie volte a promuoverla nonostante gli abusi e le distorsioni eventualmente provenienti dalle parti o dal giudice. Sorta e vivificata dalla scienza pubblicistica di fine Ottocento, simile istanza ha peraltro conosciuto la sua più piena incarnazione col successivo avvento degli ordinamenti pluralisti e del cd. Stato costituzionale di diritto, la cui aspirazione democratica e sociale ha condotto a individuare nel processo uno degli strumenti fondamentali di soddisfazione dei bisogni della società. Su queste basi, l'economia del processo - da semplice tensione politica o economica - si è convertita progressivamente in un valore di prevalente natura etica e sociale, e le esigenze di buon andamento e adeguatezza dei rimedi processuali si sono tradotte in garanzie fondamentali - oltre che dell'interesse pubblico all'amministrazione della giustizia - del diritto di ciascun individuo ad una tutela giurisdizionale effettiva ed attuata in tempi ragionevoli. La regolamentazione della condotta delle parti e degli altri soggetti processuali diviene così prioritariamente espressione di un'etica processuale necessaria e in parte indipendente dall'interesse dello Stato, che ciascun agente è tenuto a rispettare in primo luogo allo scopo di non frustrare l'aspettativa degli altri e l'utilità stessa del processo quale strumento di benessere sociale³⁸. In questa sua dimensione

Grundsatz der prozessuale Ökonomie gelten muss, dass ein prozessuales Ziel stets auf dem kürzestem Wege zu erreichen ist; jeder Umweg bedeutet eine unwirtschaftliche Mehrbelastung der Staats Tätigkeit, für die es im Regelfalle jedem Bedürfnis fehlt“.

³⁷ Così G. CHIOVENDA, *Principi*, cit., p. 133, il quale individua in tale aspirazione l'espressione più generale del principio dell'economia del processo, a sua volta qualificato, sulla scia di MANCINI, come uno dei quattro principi informativi di ogni legge processuale che voglia dirsi moderna.

³⁸ Una significativa anticipazione di tale assetto dell'economia processuale può individuarsi, già agli inizi del XX secolo, nel pensiero del giurista e politico austriaco Franz Klein, a cui si sarebbe ispirata nei suoi tratti essenziali buona parte della legislazione processuale austriaca degli anni successivi. Al centro della riflessione kleiniana si colloca infatti il tentativo di individuare un compromesso fra la dimensione autoritaria e pubblicistica del processo e quella eminentemente privatistica, rinvenuto appunto nel riconoscimento dello scopo del giudizio quale mezzo al servizio della collettività intesa in chiave sociale, il quale consentirebbe di superare le inefficienze e le disfunzioni di entrambi i modelli (v. in particolare F. KLEIN, *Der Zivilprozess Österreichs*, Mannheim, 1927 [rist. Aalen, 1970], p. 186 ss); sul ruolo dell'opera di Klein nell'evoluzione delle teorie processuali sulla cooperazione tra le parti

etica e «democratica», il momento processuale diviene pertanto il luogo privilegiato del confronto sociale, in cui le parti, il giudice e gli altri soggetti operano assieme per la realizzazione di un intento condiviso e sono quindi reciprocamente vincolate da precisi doveri di lealtà e correttezza, realizzandosi in ciò una «comunità di lavoro» («*Arbeitsgemeinschaft*»³⁹) che deve guidare in ogni momento le loro scelte e la loro attività. Il tutto nel quadro di una razionalizzazione dei mezzi processuali che tenda ad assicurare la piena e trasparente cooperazione tra le parti (e fra queste ultime e il giudice) nel senso del più efficiente funzionamento della macchina giudiziaria⁴⁰, inteso a sua volta come il presupposto della reale strumentalità del giudizio all'utile sociale senza ingiustificato dispendio di tempo e attività.

Alla luce di quanto esposto finora è tutt'altro che sorprendente che, anche laddove comprendano delle brevi premesse di carattere storico, i maggiori contributi dottrinali dedicati al problema dell'economia del processo⁴¹ prendano le mosse - sul piano cronologico - dalla parabola discendente dell'ideologia liberale e dalle riforme processuali ispirate dalla rinascita della giuspubblicistica nella seconda metà del XIX secolo. Al di fuori di qualche isolato riferimento alla Glossa e agli affioramenti del problema dell'etica processuale nell'esperienza canonistica⁴², tali indagini si sono infatti concentrate pressoché esclusivamente sull'originaria emersione del problema nella legislazione processualistica a cavallo tra Otto- e Novecento, per poi esaminare il definitivo riconoscimento dello stesso e delle sue implicazioni con l'avvento delle costituzioni democratiche e delle prescrizioni sul giusto processo in esse contenute⁴³.

si veda, per limitarsi ai contributi recenti, N. PICARDI, *Le riforme processuali e sociali di Franz Klein*, in *Il giusto processo civile*, 2011, p. 1067-1106. Allo stesso Klein, studioso di iniziale formazione romanistica, si deve inoltre un'opera giovanile sul comportamento colpevole delle parti del processo in cui si considera anche il diritto romano: F. KLEIN, *Die schuldhaft e Partei-handlung*, Wien, 1885 (sulla quale si avrà occasione di ritornare in quanto significativa ai fini del presente lavoro).

³⁹ F. KLEIN, *Der Zivilprozess Österreichs*, cit. p. 185 e ID., *Pro futuro*, Leipzig, 1891, p. 23.

⁴⁰ Di collaborazione tra le parti nel senso così richiamato, e cioè nell'ottica di una comunità di lavoro necessaria all'economia del processo, parla nuovamente F. KLEIN, *Der Zivilprozess Österreichs*, cit. p. 198, gettando le basi di quella «*Kooperationsmaxime*» che avrebbe segnato la successiva evoluzione di buona parte degli ordinamenti processuali europei. Sul punto W.H. RECHBERGER, *Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Europa*, in *R.L.R.*, p. 103.

⁴¹ Alcuni dei quali si sono già richiamati in questa stessa introduzione (v. *supra* pp. 4-5).

⁴² Ciò specialmente alla luce dell'innegabile contributo del diritto canonico all'emersione di un'istanza etica di equità e buona fede dei rapporti processuali; In proposito si veda ad esempio G.M. COLOMBO, *Sapiens aequitas: l'equità nella riflessione canonistica tra i due codici*, Roma, 2003, pp. 235 ss.

⁴³ È il caso, tra quelli citati, dell'esauritivo contributo di P. COMOGLIO, *op. cit.*, pp. 7 ss., ove l'indagine del problema dell'economia processuale e dei suoi mezzi di garanzia positiva è condotta a partire dalla

Nessun riferimento si rinviene in particolare - nella letteratura citata - alla questione dell'economia del processo e della collaborazione tra le parti nell'esperienza storica del diritto romano, il quale è evidentemente apparso a chi si occupa del problema nell'esperienza attuale per lo più inidoneo ad offrire sul punto indicazioni rilevanti⁴⁴. È del resto innegabile che - intesa quale autonoma categoria concettuale - la nozione di «economia del processo» come sopra tratteggiata costituisca un prodotto genuino della riflessione processualistica moderna e risulti pertanto completamente estranea al patrimonio dogmatico della giurisprudenza romana (anche se non è mancato il tentativo dottrinale di individuare le premesse di un'elaborazione teorica a questo riguardo già nella legislazione imperiale e all'ordinamento postclassico⁴⁵).

Ciò non significa tuttavia che al diritto romano debba necessariamente considerarsi estranea - oltre alla nozione - anche la logica sottesa a quella figura concettuale: un conto - infatti - è riconoscere che nell'esperienza processuale romana l'esigenza di assicurare un'adeguata cooperazione tra le parti non si è tradotta in un principio formale ed espressamente teorizzato; altro conto è negare che la medesima esigenza possa essere emersa - in maniera consapevole - anche all'interno di quel sistema, manifestandosi caso per caso quale criterio di valutazione in concreto delle condotte delle parti.⁴⁶ È quindi per lo meno legittimo interrogarsi sul ruolo di siffatta esigenza nel diritto processuale romano, valutandone l'impatto sull'assetto complessivo del meccanismo giudiziale e isolando, ove possibile, gli strumenti e gli istituti predisposti dal sistema allo scopo di soddisfarla. Un'indagine che appare tanto più opportuna e potenzialmente proficua se si considera - come verrà meglio precisato nelle prossime pagine - che a tale ordinamento processuale è tradizionalmente riconosciuta una ma-

consapevole emersione di tale istanza nell'opera del legislatore del Codice del 1940. Per un'analoga prospettiva si veda anche ID., *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. Dir. proc.*, 2008, pp. 319 ss. Non diversa l'impostazione di altri lavori che si sono occupati, più o meno diffusamente, del problema in esame, tra i quali possono ricordarsi - a titolo esemplificativo - G. ROMUALDI, *Dall'abuso del processo all'abuso del sistema giustizia*, Torino, 2013, p. 14 ss. e L.P. COMOGLIO, *Requiem per un processo giusto*, in *Nuova Giur. Civ. Commentata*, 2013, p. 246 ss.

⁴⁴ Per lo più sotto l'influenza della convinzione - mutuata dalla letteratura sul diritto postclassico - che secondo l'impostazione caratteristica di quel sistema la parte non potesse essere costretta all'attività processuale contro la sua volontà. In questo senso si veda, ad es., E. GRASSO, *op. cit.*, p. 589.

⁴⁵ Vedi *infra* § 2 (pp. 30 ss.)

⁴⁶ È noto del resto che il carattere tendenzialmente asistemático della giurisprudenza romana (non solo classica) e il suo tradizionale rifiuto delle definizioni generali ed astratte non implica necessariamente un'incapacità della stessa di cogliere la valenza dei singoli istituti in una prospettiva concettualmente unitaria. Ampi riferimenti in tal senso in L. RAGGI, *Il metodo della giurisprudenza romana*, Torino, 2007, p. 160 ss., nonché in R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, p. 367 ss.

trice intimamente «cooperativa», nel senso che secondo la ricostruzione di gran lunga prevalente il suo funzionamento dipendeva in larga misura dalla costante ed effettiva collaborazione tra i diversi soggetti che prendono parte al processo.

Tutto ciò considerato, una certa utilità può forse derivare dall'indagine specifica di quell'ordinamento in questa prospettiva, ossia dall'esame delle strategie - più o meno riconoscibili - da esso allestite al fine di conseguire una tale cooperazione, nonché, specularmente, dall'esame delle sue forme di reazione di fronte ai comportamenti non collaborativi eventualmente posti in essere dai soggetti del processo. Ed è quanto il presente lavoro, nella sua circoscritta portata, si propone di fare.

2. Il ruolo della collaborazione delle parti nel processo civile romano

È insegnamento comune - per non dire tralatizio - che il processo civile romano delle prime due fasi (quella delle *legis actiones* e quella del *iudicium per formulas*) presentasse una natura eminentemente «privatistica»⁴⁷. Che si configurasse cioè, sia nella struttura che negli aspetti funzionali, come un meccanismo giuridico destinato alle parti e da queste gestito in maniera esclusiva, in cui l'oggetto della lite è nella disponibilità dei privati e l'intervento dell'autorità pubblica (re, pretore o altro magistrato giudicante) si limita di conseguenza ad una funzione di controllo e di garanzia procedurale. Come spesso accade quando una formula o un concetto si riproducono costantemente a mo' di sintesi di una conoscenza acquisita, tuttavia, il significato di tale attestazione si è parzialmente smarrito; e ha perduto perciò almeno una parte della sua profondità. In particolare, ciò che si è offuscato con riguardo alla questione è la consapevolezza (e la piena comprensione) degli essenziali problemi storici

⁴⁷ L'affermazione - autentica *communis opinio* della letteratura romanistica - si ritrova fra gli altri, seppure con toni ed accenti differenti, in M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, pp. 9 ss.; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, II, Torino, 1991, p. 278 ss.; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo civile romano*, Torino, 1982, p. 8 ss. e G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, Torino, 1986, p. 17 ss., che in base ad essa sostiene anzi l'opportunità di ricorrere per il diritto romano all'espressione "processo privato" in luogo di quella - diffusa ma ritenuta fuorviante - di "processo civile". Per la letteratura più risalente, si vedano anche M. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, Bonn, 1877, p. 196 e ss.; L. WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München, 1925, e M. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze*, I-II, Leipzig, 1888-91, che ha fatto del riconoscimento della natura essenzialmente privatistica del processo romano (classico e antico) il punto di partenza imprescindibile delle sue ricerche dedicate allo stesso, fra cui possono ricordarsi in modo particolare i fondamentali studi sulla *litis contestatio*.

ad essa sottesi, i quali coinvolgono la dimensione genetica del processo romano e le conseguenze di essa sul suo concreto funzionamento. Cosicché, trascurando il problema, si è finiti per recepire del tutto acriticamente quello stato di cose, senza coglierne la reale portata e, soprattutto, senza percepire l'autentico significato di quei caratteri del processo. Che quella della genesi storica della procedura civile romana sia una questione di intrinseca complessità è circostanza notoria. Diverse sono infatti al proposito le teoriche che si contendono il campo in un vivace ed ineshausto dibattito⁴⁸, almeno da quando - sul limitare del secolo scorso - i fondamentali studi di Wlassak hanno rivoluzionato le opinioni tradizionali sul valore e la natura giuridica della *litis contestatio*⁴⁹. Delle due posizioni cardinali elaborate sul tema - quella riconducibile allo stesso Wlassak e quella più recente che fa capo a Kaser⁵⁰ - la seconda appare oggi destinataria di maggiore fortuna⁵¹. In base ad essa, il processo per *legis actiones* non deriverebbe (come nell'ottica wlassakiana) da una generalizzazione dell'arbitrato privato, ma sarebbe sorto essenzialmente dall'istituzionalizzazione e dall'assoggettamento ad un controllo pubblicistico delle più antiche forme di autotutela privata, attraverso una progressiva estensione del ruolo della *civitas* quale garante di un uso regolamentato della forza nei riguardi dell'avversario. Il processo più antico, in altri termini, altro non sarebbe che il risultato di una disciplina limitativa degli strumenti di autodifesa; molto circoscritta in una fase iniziale (che si rifletterebbe ancora nella impostazione para-esecutiva delle più antiche *ll.aa.*) e sempre più estesa (ma mai integrale) mano a mano che sono cresciute le capacità d'intervento degli apparati istituzionali. Secondo un'evoluzione che - in una linea di sostanziale

⁴⁸ Per una sintesi delle complesse e tormentate vicende della contesa sul punto, si può rinviare per tutti a G.I. LUZZATTO, *Vecchie e recenti prospettive sull'origine del processo civile romano*, in Studi Urbinate, 1959-60. Sul punto si veda anche, ancorché meno recente, il rigoroso e suggestivo contributo di O. CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare*, Milano, 1946, nonché, più in generale, G. PUGLIESE, *op. cit.*, I, p. 27 ss; 77 ss. e la sempre valida rassegna di M. TALAMANCA, s.v. "Processo civile (diritto romano)", in *Enc. Dir.*, XXXVI, 1987. Al problema si ricollega peraltro la questione, se possibile ancor più contrastata, relativa alle origini della *iurisdictio* civile.

⁴⁹ Dell'imponente produzione scientifica del romanista austriaco si ricordino qui soltanto, perché più attinenti alla tematica in esame, M. WLASSAK, *Die Litiskontestation im Formularprozeß*, Breslauer FS Windscheid, 1889, p. 53 ss.; ID., *Die klassische Prozessformel*, Wien, 1924, nonché soprattutto ID., *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse*, Wien, 1921, p. 247.

⁵⁰ L'opinione in parola è stata espressa dall'autore in diversi suoi scritti, fra cui - originariamente - M. KASER, *Das altrömische Ius*, Göttingen, 1949, p. 15 ss e 191 ss.; ma per certi versi essa era già stata anticipata da alcuni studi di LUZZATTO (*Von der Selbsthilfe zum römischen Prozess*, in ZSS 73 (1956), p. 29 ss. e, più compiutamente, *Procedura civile romana*, cit., I, pp. 92-106). La stessa idea trova del resto degli spunti già nell'opera di R. JHERING, *Geist des römischen Rechts*⁵, I, 1891, p. 118 ss.

⁵¹ Un'estesa rassegna delle più significative posizioni a sostegno e integrazione di tale seconda teoria si può leggere in M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 28, nt. 21.

continuità con il processo più antico⁵² - sarebbe poi proseguita in età formulare ancorché nel contesto di una progressiva accentuazione dell'elemento pubblicistico, vale a dire di una crescente centralità del ruolo del pretore (e più in generale del magistrato) nella direzione del processo⁵³.

Anche in questo quadro di relativo consolidamento delle opinioni dottrinali, residuano peraltro profonde incertezze per quanto concerne i singoli punti: sia in rapporto alla problematica dell'esatta qualificazione della *litis contestatio* come momento centrale e culminante del processo⁵⁴, sia con riguardo alle ragioni storiche su cui si fonda la bipartizione dello stesso in una fase *in iure* ed una *apud iudicem*⁵⁵. Senza contare alcune significative e autorevoli reiterazioni dei temi centrali della tesi wlassakiana⁵⁶. Appare quindi tutt'altro che irragionevole il suggerimento di Luzzatto⁵⁷ nel senso di rinunciare a una ricostruzione precisa circa le origini storiche del processo romano per limitarsi all'esame della sua struttura essenziale, ossia per concentrarsi sui caratteri portanti derivati dal suo sviluppo per come essi si manifestano nella loro maturità. A ben vedere, in effetti, le due posizioni sopra richiamate e le loro varianti non risultano tra loro radicalmente inconciliabili, poiché vi è almeno un elemento su cui esse concordano e su cui tendono in ultima analisi a convogliare l'attenzione: la struttura essenzialmente privatistica del processo di cui mirano a spiegare la genesi.

⁵² In questo senso, *ex multis*, G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino, 1970, p. 5 ss. e p. 180; G. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, III, Bologna, 1954, p. 198; E. CORTESE, sub voce «Contumacia (diritto romano)», in *Enc. Dir.*, X, Roma, 1962, p. 448 c. 1.

⁵³ Sui caratteri evolutivi del processo *per formulas* si veda CANNATA, *Profilo istituzionale*, cit., p. 44 e 45, che vi scorge l'emersione di una crescente prevalenza del "carattere magistratuale" del processo civile rispetto a quello "privatistico" ad esso originario, il quale tuttavia si conserva essenziale.

⁵⁴ L'alternativa è essenzialmente tra una ricostruzione di questo atto alla stregua di un vero e proprio contratto (secondo la prospettiva suggerita da Wlassak) oppure nei termini di un "negozio processuale bilaterale" di natura non contrattuale («*ein gemeinsamer Akt der beiden Parteien*»), come qualificato da Kaser (*Zum Formproblem der litis contestatio*, in *ZSS*, 84 (1967), p. 15 ss. e, con ampi richiami alla letteratura che si è espressa in tal senso, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 78). Sulla possibile assimilazione al contratto nella forma del *compromissum* v. G. LA PIRA, in *St. Riccobono* II, p. 187 ss.

⁵⁵ Sul punto si veda G. NICOSIA, *Processo privato romano*, cit., I, pp. 58 ss.

⁵⁶ Ci si riferisce in particolare a G. BROGGINI, *Iudex arbiterve: Prolegomena zum officium des römischen Privatrechts*, Köln-Graz, 1957, p. 7, nt. 14. Sul nucleo essenziale delle tesi dello Wlassak poggiavano anche le posizioni di quegli autori che hanno riconosciuto nel processo privato delle prime due fasi l'influenza di elementi sacrali e religiosi derivanti da un'originaria "iurisdictio" dei pontefici; rappresentative le posizioni di F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, p. 3 ss. e soprattutto quelle di M. SARGENTI, *Riflessioni sull'attribuzione dei poteri giurisdizionali a Roma nel passaggio dalla monarchia alla repubblica*, in *Studi Donaiuti*, 1973, pp. 1180 ss.; in generale su tale orientamento della dottrina romanistica v. G. PUGLIESE, *Il processo civile*, cit., p. 48 ss.

⁵⁷ *Vecchie e nuove prospettive*, cit., p. 33.

Se si rinuncia a una concezione rigidamente monistica⁵⁸ e si accetta di buon grado che il problema delle origini rimanga almeno in parte irrisolto, ci si avvede pertanto che questo peculiare aspetto del processo romano (e in ispecie di quello formulare) emerge con chiarezza in entrambe le prospettive; e si manifesta con altrettanta evidenza nella sua struttura interna ed in tutti i fondamentali snodi del suo funzionamento⁵⁹. Ciò che se ne ricava è l'immagine di un processo dominato dall'iniziativa privata in ogni sua fase: da quella preliminare dell'introduzione del giudizio, la cui attuazione è sostanzialmente rimessa fino a tutta l'epoca classica all'attività privatistica dell'attore non assistita dalla forza pubblica, fino a quella conclusiva della decisione della lite, normalmente affidata ad un giudice privato scelto dalle parti in concorso tra loro; ma soprattutto nel momento centrale ed imprescindibile della *litis contestatio*, la quale (a prescindere dalle controversie sul suo valore contrattuale⁶⁰) presuppone in ogni caso l'accordo delle parti sulla materia del contendere, vale a dire il consenso manifestato da entrambe sui termini della controversia come delimitati nella formula, ai quali il giudice risultava poi rigidamente vincolato nella decisione sul merito⁶¹. Un processo - dunque - «delle parti» e «per le parti» prima ancora che tra le parti e il magistrato giudicante, in cui tanto la definizione del *thema decidendum* quanto lo svolgimento del rito e la sua prosecuzione dipendono essenzialmente dalla volontà dei contendenti; e richiedono quindi, almeno di regola, una certa convergenza fra le loro attività (culminante nella *litis contestatio*) e una loro partecipazione attiva agli sviluppi del processo, senza la quale quest'ultimo non potrebbe proseguire secondo il suo corso ordinario⁶². Al punto che le fonti a nostra disposizione quanto al processo civile, o per lo meno quelle tra le stesse più specificamente ricon-

⁵⁸ Il monito a rifiutare una simile prospettiva è di M. TALAMANCA, voce "*processo civile*", cit. *passim*.

⁵⁹ Rimangono per converso oramai superate le posizioni meno recenti che negavano tale preminenza dell'elemento privatistico sulla base di una ricostruzione della formula come istruzione "pubblica" impartita al giudice e della *l.c.* come semplice "momento ideale" di conclusione del procedimento *in iure*. Tale era in particolare l'impostazione di L. KELLER, *Über die Litiscontestatio und Urtheil nach klassischem römischem Recht*, Zürich, 1827, variamente ripresa in diversi scritti successivi.

⁶⁰ Anche al di fuori delle surriferite opinioni di matrice wlassakiana, una conferma dell'accostamento fra la *litis contestatio* e gli atti contrattuali si è spesso voluta ricondurre alla testimonianza ulpiana che si legge in D. 15.1.3.11 (*Sicut in stipulatione contrahitur...ita iudicio contrahi*). Ma significative attestazioni, se non della natura contrattuale della *l.c.*, della sua genesi convenzionale si trovano anche altrove nelle fonti (si veda ad es. D. 5.1.61.pr., tratto ancora una volta dall'opera di Ulpiano).

⁶¹ Sul carattere convenzionale della *litis contestatio* e il suo valore nell'approvazione della formula sia sufficiente rinviare a G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, Genova, 1948, II, pp. 248 ss., nonché più in generale a M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., pp. 79 e ss.

⁶² In questi termini G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio*, cit., p. 6.

ducibili al sistema processuale dell'epoca classica, si riferiscono spesso all'attività dei litiganti con l'espressione *agere* (o *litem contestari*) *cum aliquo*, e non - significativamente - *adversus* o *contra aliquem* (come potrebbe invece apparire scontato alla luce della naturale contrapposizione tra le parti del giudizio)⁶³; implicando con ciò per l'appunto che l'agire processuale sia essenzialmente un agire condiviso.

Da queste brevi e generiche osservazioni - in definitiva - emerge un'immagine del processo romano come procedimento privatistico «a cooperazione necessaria», caratterizzato (almeno nelle prime due fasi del suo secolare sviluppo) da una pervasiva e imprescindibile esigenza di collaborazione delle parti al suo concreto divenire. E ciò sia in quanto l'intervento dell'autorità era circoscritto entro limiti precisamente individuati⁶⁴, sia in quanto vi erano diversi momenti, nel suo normale svolgimento, in cui l'accordo delle parti (o quanto meno il loro attivo contributo) risultava essenziale alla prosecuzione del rito. In tale processo, pertanto, la collaborazione delle parti non costituisce semplicemente un obiettivo tendenziale e più o meno auspicabile, ma una vera e propria condizione necessaria dell'attività processuale, il cui difetto non è surrogabile da un intervento pubblicistico diretto e determina quindi l'impossibilità o l'arresto sopravvenuto dell'*iter* giudiziale. A differenza di quello moderno, in altri termini, nel quale (come già nelle procedure *extra ordinem*) l'iniziativa delle parti è favorita ma non indispensabile, il processo dell'*ordo* non conosce alternativa alla partecipazione delle stesse al suo corretto svolgimento, poiché la sua base intrinsecamente consensuale e volontaristica non gli consente di funzionare al di fuori essa. La quale diviene pertanto - e a tutti gli effetti - un requisito pressoché «ontologico» dell'esercizio della giurisdizione tra i privati⁶⁵; come a dire che l'economia cooperativa del processo civile, che negli ordinamenti moderni è più che altro il riflesso di un'istanza pubblicistica, rappresenta qui la matrice genetica e assolutamente indero-

⁶³ Si vedano ad es. D. 15.4.4; 16.3.13.pr.; 23.3.59.1; 12.2.9.3. Sul punto M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 79, nt. 51 e ID., *Zum Formproblem*, cit., p. 5. Tale logica era del resto già implicita nel significato originario della contestazione della lite come chiamata congiunta di testimoni (*cum-testari*); in questo senso G. PUGLIESE, *Processo formulare*, cit., p. 248).

⁶⁴ La cui esatta determinazione per il periodo più antico dipende in larga misura dal problema, già richiamato e ancora irrisolto, relativo alle origini (pubbliche o private) della *iurisdictio* civile.

⁶⁵ C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, cit., p. 8 ss., che sottolinea in proposito, sulla scia di Biscardi, come il processo romano costituisca in tal senso un giudizio "privato" in un'accezione parzialmente diversa da quella caratteristica del processo moderno, giacché, mentre quest'ultimo si definisce tale ma è pur sempre governato da organi statali, il primo non può in alcun caso prescindere dall'attività delle parti e dal loro accordo sull'oggetto della lite (e ha quindi natura "spiccatamente privatistica").

gabile la cui soddisfazione condiziona in radice la possibilità del giudizio. In questo senso potrebbe anzi parlare, come talora si è fatto⁶⁶, di un processo caratterizzato da una perfetta «bilateralità soggettiva», ossia dalla necessità di una costante compresenza e concorrenza delle parti al suo corso naturale, oppure - con terminologia differente ma altrettanto incisiva - di un procedimento contenzioso «a contraddittorio necessario», a evidenziare più specificamente come l'interazione dei litiganti all'interno del processo rivesta in relazione ad esso un ruolo costitutivo e funzionalmente indispensabile. Una simile connotazione genetica del contraddittorio tra le parti concorre peraltro a qualificare ulteriormente il processo romano rispetto ai moderni ordinamenti processualcivilistici, dal momento che in esso siffatta condizione - più che come garanzia di uguaglianza e di parità delle armi - opera (se l'espressione è consentita) al livello fondativo, e necessario, di un vero e proprio «presupposto processuale». Che poi tale esigenza di fondo potesse condurre in alcuni casi, come vedremo, ad un sacrificio radicale della stessa funzionalità del processo, è questione ulteriore e a ben guardare distinta, che nulla toglie alla centralità e all'importanza che quel principio rivestiva nel processo formulare. Ché anzi, come si avrà modo di precisare, tale apparente contraddizione fra la natura collaborativa del giudizio e le sue possibili conseguenze, si risolve a ben vedere in una indiretta conferma della prima. Ad ogni modo, ciò che conta in questa fase del lavoro è aver messo in luce con sufficiente chiarezza la natura privatistica e genuinamente cooperativa di quel modello processuale, che vale a distinguerlo tanto dalle regolamentazioni moderne del processo civile quanto dal successivo modello delle *cognitiones extra ordinem* e del processo giustiniano, fra le cui innovazioni vi è proprio il superamento di tale indole schiettamente privata in favore di un assetto di tipo autoritario che presuppone - tra le altre cose - la possibilità che il processo si svolga regolarmente anche a prescindere dalla collaborazione delle parti⁶⁷. Ed è evidente che la presa di coscienza di tale impostazione caratteristica del processo classico (che concorre a differenziarlo significativamente da qualsiasi altro) può costituire uno stimolo ed un punto di partenza per

⁶⁶ In questi termini soprattutto PROVERA, *Il principio del contraddittorio*, cit., p. 5 ma anche, più di recente, L. D'AMATI, *Sulla cooperazione del convenuto nel processo formulare*, in "Actio in rem" e "actio in personam": in ricordo di Mario Talamanca, Padova, 2011, p. 855 e ID., "Litem deserere", in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, Padova, 2012, p. 178.

⁶⁷ Sui caratteri del processo postclassico, anche con specifico riferimento alla relazione tra il ruolo delle parti e quello del giudice che presiede la lite, può rinviarsi (sia in generale che per gli ulteriori riferimenti bibliografici) a M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 519 ss.

indagare in modo specifico e più consapevole i riflessi della medesima sulla regolamentazione della vicenda processuale, ossia per valutare, come si tenterà di fare nei prossimi capitoli, se ed in che misura quell'assetto cooperativo e intrinsecamente dialettico si sia in effetti tradotto sul piano della tecnica processuale. Il che concorrerà forse - se non altro in via indiretta e secondaria - ad illuminare più da vicino anche le origini storiche di quella stessa impostazione, e quindi a fornire, nei termini che si diranno in sede di conclusioni, degli elementi aggiuntivi per la valutazione della suddetta ed accesa controversia circa la genesi storica del processo privato.

Da ultimo, non deve nemmeno sfuggire la connessione esistente fra questo assetto «cooperativo» del processo romano e la concezione concreta del potere di azione che tradizionalmente si considera ad esso connaturata⁶⁸. È infatti evidente che, in un sistema in cui le pretese soggettive sono normalmente prospettate in chiave processuale e che riconosce il potere di agire unicamente a chi può dirsi titolare di una ragione fondata, l'esigenza di garantire la regolarità e la celerità del giudizio si manifesta anche in un'altra prospettiva. Nella prospettiva cioè di assicurare la piena ed effettiva soddisfazione a chi agisce a buon titolo, evitando quindi che la mancata cooperazione dell'altro soggetto possa limitare o compromettere la sua utilità.

Se chi agisce è in linea di principio solo colui che può vantare una "*bona causa*", in altri termini, è naturale che si tenda a reprimere tanto le condotte che mirano ad impedire la realizzazione di tale causa quanto le iniziative processuali di chi faccia valere per converso una "*mala causa*"⁶⁹ in quanto agisca in giudizio (e dunque attivi il processo) senza avervi a ben vedere una fondata ragione. E la tutela della regolarità del processo e della collaborazione delle parti al perseguimento dei suoi fini diviene

⁶⁸ Fra i numerosissimi contributi dedicati alla questione ed al connesso problema dei rapporti fra il processo e il diritto sostanziale basti qui ricordare G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939 [rist. Napoli, 2006], massime p. 163 ss.; Sul punto si vedano anche E. BETTI, *Ragione e azione*, in *Riv. Dir. proc.*, 1932, pp. 220 ss.; A. BISCARDI, *Azione e rapporto processuale nel sistema formulaire classico*, in *Riv. Dir. proc.*, 20 (1965), pp. 325 ss. e, più di recente, G. PROVERA, *Diritto e azione nell'esperienza giuridica romana*, Milano, 1983, p. 325 ss.

⁶⁹ Le due espressioni sono riprese, oltre che dalle fonti, da A. WACKE, «*Bonam sive malam causam habere*». *Le prospettive di successo nel processo civile romano*, in Atti del Convengo «Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico», p. 265 ss. Altrove le fonti contrappongono, con un significato sostanzialmente analogo, le nozioni di "*agere recte*" o rispettivamente "*non recte*" (v. ad es. D. 2.14.27.7 e 8.5.4.8). Sul punto M.A. FINO, *Recte agere potes. Contributo allo studio e al recupero di una prospettiva dei giuristi romani in tema di processo*, in *Idee romane in tema di giurisprudenza. Alle radici del diritto europeo oltre la tradizione romanistica*, Napoli, 2012, p. 1 ss.

in quest'ottica una necessità strutturale non meno che nel senso che si è detto essere riconducibile alla matrice essenzialmente privatistica del meccanismo processuale, della quale la visione concreta dell'*actio* rappresenta del resto un riflesso indiretto⁷⁰. Si comprende così, più da vicino, non soltanto il ruolo della *denegatio actionis* come strumento preventivo di selezione delle pretese meritevoli di tutela⁷¹ ma anche, più in generale, la giustificazione di altri meccanismi operanti nel processo - alcuni dei quali oggetto del presente lavoro⁷² - che concorrevano a vario titolo a salvaguardare la corrispondenza tra l'attività processuale e la pretesa sostanziale effettivamente vantata. Al punto che, anche ammettendo che in alcuni casi l'azione si configurasse in senso "astratto" come semplice possibilità di agire a prescindere dalla fondatezza della pretesa⁷³, si deve in ogni caso riconoscere che, in virtù di siffatti meccanismi, la propensione funzionale del sistema rimaneva nel senso di assicurare, per quanto possibile, l'aderenza del processo ad un fine soddisfacente, vale a dire la sua immediata strumentalità alla tutela di una pretesa che si presume fondata.

Anche di questa peculiare dimensione dell'azione romana dovrà quindi tenersi conto ai fini dell'indagine, dal momento che - nella sua notevole distanza dalla sensibilità processuale moderna - anch'essa manifesta profonde implicazioni in termini di tutela dell'economia del processo come esigenza coesistente all'operatività dello stesso, sottintendendo una concezione della tutela giurisdizionale per cui, da un lato, occorre che chi agisce lo faccia "rettamente" e per cui, dall'altro, chi si difende è in qualche modo tenuto a prestarsi spontaneamente alla realizzazione delle ragioni avversarie. Così che, in entrambi i sensi, risulta essenziale che il processo proceda, regolarmente ed esclusivamente, verso il suo scopo effettivo, senza che le parti possano impedirne lo svolgimento o deviarlo affinché persegua una diversa finalità.

In quest'ottica di concretezza dell'agire processuale, anzi, le suddette osservazioni circa la natura condizionata e necessariamente collaborativa del processo romano

⁷⁰ Ben si comprende infatti che in un sistema che discende, in ultima analisi, da un adattamento degli strumenti di autotutela privata, il processo si configura innanzitutto - almeno in un primo momento - come il luogo in cui colui che ha motivo di far valere le sue ragioni può esercitarle validamente nei confronti dell'avversario. Alcuni spunti in tal senso in FINO, *Recte agere potes*, cit. p. 27 ss.

⁷¹ Sul potere del magistrato di *denegare actionem* e la sua funzione di accertamento preventivo del merito della lite si veda, in generale, A. METRO, *La denegatio actionis*, Milano, 1972 e lett. ivi citata.

⁷² È il caso, fra gli altri, dei rimedi che contrastano il frazionamento della domanda (Capitolo III) e di quelli diretti a reprimere l'acquisto o la perdita strumentale del possesso nelle azioni reali, ma anche più in generale delle sanzioni predisposte nei confronti dei litiganti temerari (Capitolo I).

⁷³ In questo senso si esprime ad esempio G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, cit., I, p. 103.

sembrano riempirsi in qualche modo di un contenuto più concreto, poiché si chiarisce che in quel sistema processuale la collaborazione delle parti non risulta necessaria soltanto dal punto di vista tecnico dell'impulso alle attività del giudizio ma anche, e prima ancora, dal punto di vista etico e teleologico di una essenziale "comunione di scopi" fra i soggetti coinvolti tale da consentire la corrispondenza del risultato alla realtà effettiva dei rapporti sostanziali. Con la conseguenza che il profilo dell'azione intesa in senso concreto ed il problema del rifiuto delle parti di cooperare al giudizio (o dell'abuso dello stesso per finalità temerarie) si intersecano inscindibilmente come due facce speculari di una medesima medaglia⁷⁴; imponendo di condurre lo studio tenendo costantemente presenti ambedue le prospettive segnalate.

3. Oggetto e finalità dell'indagine

Se quanto esposto finora corrisponde alla realtà dell'«*ordo iudiciorum*» in età formulare, è lecito attendersi - per lo meno in astratto - che quel sistema processuale contemplasse al proprio interno una serie di garanzie (più o meno efficaci) volte ad assicurare la collaborazione delle parti allo svolgimento del giudizio, vale a dire che esistessero degli specifici meccanismi di natura processuale idonei a prevenire - e se del caso a reprimere - l'eventuale rifiuto opposto dalle parti di concorrere lealmente all'economia del processo; a prescindere dalle ragioni che motivano il rifiuto o dalle diverse modalità con cui esso può in concreto manifestarsi durante l'*iter* giudiziario. Sul presupposto che il processo formulare non fosse in grado di operare - per le ragioni indicate - senza un costante ed idoneo contributo di ambedue i litiganti, la domanda che spontaneamente si pone, nell'ottica specifica della tecnica processuale, è in altri termini quali fossero le «forme di reazione» concretamente predisposte dal diritto classico a fronte del rischio che tale condizione imprescindibile del divenire processuale non si verificasse, ossia quale e quanta parte della disciplina giuridica di quel modello processuale risultasse effettivamente diretta a scongiurare tale rischio.

⁷⁴ Il contatto fra le due problematiche - quella dell'azione in senso concreto e quella della *temeritas* - è avvertito ed esplicitamente riconosciuto da A. FINO, *op. cit.*, p. 2, nt. 3; L'immagine dell'azione e del diritto soggettivo come «due facce della stessa medaglia» ritorna invece, nelle sue varie implicazioni, in R. ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bologna, 1978, p. 98 ss., di cui si veda anche la voce «Azione (Storia del problema)», in *Enc. Dir.*, IV, p. 785 ss.

La finalità primaria del presente lavoro è appunto quella di ricercare e (dopo averli individuati) di mettere in luce in una prospettiva unitaria i diversi istituti - o i singoli profili della loro disciplina - che nel contesto della regolamentazione classica del processo *per formulas* sembrano assolvere in modo primario o quanto meno indiretto a questo essenziale compito di garanzia ed incentivo della cooperazione processuale; sia che si tratti di istituti (rimedi, accorgimenti, sanzioni) che tendono a garantire la correttezza «esterna» della sequenza procedurale facendo sì che ciascuna delle parti vi concorra regolarmente con la propria attività, sia che la funzione principale che sembra potersi riconoscere a tali istituti sia piuttosto quella di assicurare la coerenza «interna» della condotta delle parti con gli scopi del giudizio, ossia di evitare che attore e convenuto perseguano nel processo finalità ulteriori e con esso incompatibili.

Nella consapevolezza di questa «duplice natura» - interna ed esterna - degli istituti preposti alla tutela processuale della collaborazione tra le parti, la ricerca si è così sviluppata in due direzioni parallele e fra loro complementari: da un lato, verificando se le diverse fasi del procedimento formulare risultino presidiate da specifici rimedi che ne assicurino la corretta instaurazione e la regolare prosecuzione anche a fronte di eventuali condotte dilatorie, ostruzionistiche od opportunistiche di una delle parti; e dall'altro cercando di valutare se - accanto a tali garanzie formali di regolarità del giudizio - esistano nella disciplina giuridica di quel meccanismo processuale anche degli strumenti più specifici di repressione delle condotte di parte intenzionalmente rivolte a frustrare le finalità complessive del giudizio, nel proprio esclusivo interesse. In questa stessa prospettiva «dualistica» sul valore della collaborazione tra le parti e degli strumenti processuali finalizzati a tutelarla si comprendono inoltre il titolo e il sottotitolo del presente lavoro, i quali mirano appunto a evidenziare fin dal principio la duplice direzione in cui l'indagine si sviluppa. Il primo vuole essere l'adattamento in chiave «oggettiva» di un'espressione che si incontra talora - in forma sostantivata - nella legislazione giustiniana con riferimento alla figura del litigante temerario (*improbus litigator*⁷⁵) e vale dunque a richiamare - in modo specifico - quegli strumenti

⁷⁵ La locuzione compare - sempre in forma sostantivata - sia nel Codice (C. 2.58.2.6) che nelle Istituzioni imperiali (I. 4.16 - *De poena temere litigantium*). Una variante "oggettiva" dell'espressione in esame appare invece impiegata - in C. 7.39.7.5a - con riferimento alla condotta del creditore che, dopo

processuali che tendono a colpire le condotte delle parti intenzionalmente disfunzionali rispetto ai fini del processo, ossia l'atteggiamento di chi agisce o resiste in giudizio con la coscienza di avere torto ed al solo scopo di molestare l'avversario. Il secondo intende invece precisare il valore puramente simbolico della locuzione che si è così utilizzata come titolo del lavoro, chiarendo che con essa non si è inteso circoscrivere l'indagine alle sole condotte dolose o temerarie, ma piuttosto evocare il problema (ben più ampio e generale) delle disfunzioni processuali da esse provocate; in modo tale che rimane aperta ai fini della ricerca la possibilità di esaminare - oltre alle condotte dolosamente orientate - anche altri comportamenti che risultino in qualche modo aberranti o incompatibili con le finalità del giudizio (a prescindere dall'indole soggettiva da cui gli stessi risultano ispirati). Dal che anche la scelta di impiegare, onde indicare nel sottotitolo la reazione processuale a simili condotte, il termine generico «*trattamento*» in luogo di altri più specifici ma meno comprensivi (quali «*sanzione*» o «*repressione*»), che in quanto tali non avrebbero consentito di esprimere né la varietà dei comportamenti processuali potenzialmente rilevanti né quella - corrispondente - dei rimedi diretti a superarli. Quanto detto non significa, tuttavia, che il profilo soggettivo (o più specificamente doloso) delle fattispecie esaminate sia stato completamente negletto o - peggio ancora - ritenuto irrilevante. Al contrario: esso potrà assumere un ruolo significativo ai fini della ricerca nella misura in cui da questa risulti, come ci si augura di mostrare, che alcuni dei rimedi destinati a colpire le condotte processuali distorte, dilatorie e ostruzionistiche mutano - o subiscono degli adattamenti più o meno rilevanti - a seconda dell'atteggiamento soggettivo di chi non collabora, specie nel senso di un aggravamento delle sanzioni normalmente previste nell'ipotesi in cui la condotta colpita in sede processuale derivi da un atteggiamento consapevole, malizioso o reiterato del soggetto coinvolto⁷⁶.

Data l'ampiezza della prospettiva selezionata e la conseguente varietà dei problemi e degli istituti alla stessa potenzialmente riconducibili - per altro verso - si è imposta la

aver ottenuto dal debitore una garanzia processuale, pretende di far valere nei suoi confronti la prescrizione del diritto. Per un riscontro di quest'accezione del termine nelle fonti letterarie si veda ad esempio QUINT., *Inst.*, 12.7.5 («*Quoniam tamen omnis qui non improbe litigabunt...*»).

⁷⁶ Per qualche (sommaria) considerazione circa i possibili rapporti fra tale impostazione della ricerca e la concezione "oggettiva" del dolo applicata all'esperienza processuale romana, si rinvia fin d'ora alle osservazioni metodologiche contenute nel prossimo paragrafo.

necessità di limitare da più parti il contenuto dell'indagine, allo scopo assicurare un livello sufficiente di precisione e approfondimento dei suoi risultati. Si è così ritenuto opportuno circoscrivere l'estensione oggettiva della presente ricerca in tre direzioni:

A) Un primo limite - di natura eminentemente cronologica - è dipeso (come si già anticipato) dalla scelta di concentrare l'indagine degli strumenti di garanzia della collaborazione processuale sulla sola dimensione storica del processo *per formulas*, escludendo di conseguenza - salve circostanziate considerazioni di raffronto - sia la realtà del processo più antico sia quella tarda delle *cognitiones extra ordinem* e della loro successiva evoluzione nel diritto giustiniano. Ciò non solo in ragione del fatto che buona parte delle testimonianze testuali rilevanti ai nostri fini si riferisce in modo specifico a quel modello processuale, ma anche in quanto è nel sistema delle formule che la natura privatistica ed essenzialmente collaborativa del processo romano si è manifestata nella maniera più compiuta e con la massima evidenza. Come si avrà modo di ribadire nel corso dell'indagine, con l'avvento di quel modello processuale a partire dal nucleo originario delle *legis actiones* si è infatti assistito - per molti aspetti - ad un'evoluzione e a un perfezionamento dei rimedi già esistenti a garanzia della cooperazione delle parti allo svolgimento del giudizio, specie sotto l'impulso del nuovo ruolo assunto dal pretore quale organo di coordinamento del meccanismo processuale e di controllo indiretto sull'attività delle parti⁷⁷. Già con l'emersione delle cognizioni straordinarie in epoca imperiale, per converso, si inizia ad assistere ad un cambio di paradigma nella gestione del processo che vede sostituirsi alla dialettica delle parti (col controllo del magistrato) un intervento sempre più ampio e pervasivo dell'autorità statale nelle vesti del giudice, con la conseguenza che i rimedi diretti a favorire la collaborazione spontanea delle parti processuali cedono progressivamente il passo all'intervento diretto dell'autorità giudiziaria volto ad attuare la regolarità del processo in forma puramente coattiva ed anche a prescindere dalla cooperazione del-

⁷⁷ Sul ruolo del pretore nella creazione e nella diversificazione dei rimedi posti a tutela della regolarità del giudizio è illuminante il contributo di I. BUTI, *Il praetor e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli, 1984, *passim*). Nel senso della peculiare rilevanza dei rimedi volti ad assicurare la correttezza delle parti nel processo formulare si è espresso indirettamente anche KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 183, nt. 1, ove si specifica come ciò dipenda tra l'altro dal fatto che in esso l'intervento del magistrato non si fondava sempre su situazioni già riconosciute dal diritto civile.

le parti⁷⁸. Pur senza voler escludere in radice la rilevanza delle ulteriori fasi storiche della procedura romana per la tematica in oggetto, è quindi dall'esame delle specifiche meccaniche del processo *per formulas* che possono verosimilmente ricavarsi le indicazioni più rilevanti in ordine alla varietà, pervasività ed efficacia delle forme di garanzia della collaborazione tra le parti predisposte dall'ordinamento processuale romano, in quanto tali meccaniche - pur costituendo almeno in parte lo sviluppo di quelle già presenti nel sistema delle *legis actiones*⁷⁹ - hanno trovato espressione in un ambiente specialmente connotato da quell'esigenza.

B) Una seconda limitazione dell'oggetto della ricerca riguarderà poi la tipologia dei comportamenti processuali al suo interno esaminati, i quali coincideranno in maniera esclusiva con le condotte disfunzionali all'economia del giudizio provenienti da una delle parti del processo formulare (attore e convenuto), ad esclusione quindi delle condotte non cooperative allo svolgimento del giudizio eventualmente poste in essere da altri soggetti che prendono parte al medesimo (ossia - in particolare - dal giudice privato o dal magistrato giudicante). Ciò non tanto perché tali condotte non siano in astratto rilevanti per il corretto funzionamento della vicenda processuale, per la quale la collaborazione di quei soggetti è anzi essenziale quanto quella delle parti, ma più semplicemente in quanto è dall'iniziativa di queste ultime che nel processo formulare dipende in ultima analisi l'instaurazione del giudizio e delle sue singole fasi, così che alle parti si rivolgono naturalmente anche i principali strumenti di incentivo della cooperazione processuale o - viceversa - di repressione del rifiuto di prestarla. Il che non significa che - nello schema del processo *per formulas* - mancassero delle forme di garanzia della cooperazione reciproca anche nei confronti delle eventuali condotte "anormali" del pretore o del giudice, posto che le fonti testimoniano al contrario l'esistenza di specifici dispositivi volti a colpirne l'opportunismo o la condotta dila-

⁷⁸ Il minor peso della cooperazione tra le parti (e delle sue garanzie) nelle *cognitiones extra ordinem* è una diretta conseguenza della connotazione marcatamente "pubblicistica" di questa forma processuale sviluppata dalla prassi dell'intervento diretto del potere imperiale nell'amministrazione della giustizia civile. È infatti evidente che il ruolo preminente assunto in quel sistema dall'autorità giudiziaria, e che avrebbe trovato definitivo compimento nella procedura postclassica, priva in larga parte di rilevanza il problema generale - essenziale invece nelle fasi precedenti - di assicurare la disponibilità delle parti di sottoporsi al giudizio. Sulle origini e i caratteri del processo extra-ordinario dell'epoca classica si veda ancora una volta M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., spec. p. 472 ss.

⁷⁹ Rispetto alle quali le informazioni ricavabili dalle fonti sono tuttavia per lo più troppo scarse per consentire una ricostruzione attendibile degli istituti che hanno preceduto gli omologhi formulari.

toria (è il caso delle pene processuali contro il *iudex qui litem suam fecit* e del cd. *edictum de retorsionibus*⁸⁰). Nondimeno, il ruolo di tali soggetti sotto questo profilo sembra passare almeno in parte in secondo piano rispetto a quello - veramente centrale - facente capo alle parti, così che la limitazione dell'indagine alle condotte processuali riconducibili a queste ultime appare giustificata - se non altro - dalla esigenza di contenere lo studio entro i limiti degli istituti più aderenti al problema, e quindi al nucleo centrale della collaborazione processuale che - nel contesto di un processo di parti come quello *per formulas* - è costituito appunto dalla garanzia di una corretta ed efficiente attività di entrambi i litiganti.

C) Una terza ed ultima esclusione che ha condizionato «in negativo» l'oggetto della ricerca si riferisce infine alla tipologia dei rimedi e degli strumenti processuali in essa considerati. Nell'ambito dei meccanismi a cui appare astrattamente attribuibile una funzione di garanzia dell'economia del processo (o comunque di repressione delle condotte di parte contrarie alla stessa), si è scelto infatti di operare una distinzione a seconda della loro più o meno diretta riconducibilità alla vicenda processuale, con l'estromissione di quelli istituti che, pur reprimendo più o meno efficacemente comportamenti contrari alla correttezza e alla regolarità del processo, non operano direttamente all'interno di questo ma provengono in un certo senso dall'esterno in quanto si attuano in un separato giudizio, incidendo con ciò soltanto «a posteriori» sulla validità della sentenza. È questo il caso, in modo particolare, di talune applicazioni della «*restitutio in integrum*» e della «*revocatio in duplum*» che tendevano a far valere - già nel procedimento dell'età formulare - l'iniustizia o l'ingiustizia della pronuncia del giudice in seguito all'emersione di elementi di ingiustizia della corrispondente decisione⁸¹. Per quanto non manchino indicazioni nel senso di un'utilità di tali rimedi an-

⁸⁰ Una sintesi dell'ormai consistente letteratura in materia si legge in C. VENTURINI, *La responsabilità del giudice nell'età classica*, in *Index*, 41, 2013, pp. 455 ss.; ulteriori riferimenti in R. SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus*, Milano, 2004 e A. BURDESE, *Sulla responsabilità del iudex privatus nel processo formulare*, in *Diritto e processo nell'esperienza romana*, Napoli, 1994, p. 153 ss. Più recente ancora il contributo di R. FERCIA, *Litem suam facere da Adriano ai Severi*, in *Diritto@Storia*, X (2011-2012). Sul secondo degli strumenti richiamati si veda, in particolare, C. MASI DORIA, *A proposito di limiti e responsabilità nell'attività del magistrato giurisdicente nella tarda repubblica, tra il cd. editto di ritorsione e l'abrogatio iurisdictionis*, in *F.S. fur D. Liebs*, p. 419 ss. e S. SCIORTINO, *Denegare actionem, decretum, intercessio*, in *AUPA*, 40 (2012), p. 674 ss.

⁸¹ Sulla sfera di applicazione dell'istituto nel diritto classico si rimanda in particolare a F. BONIFACIO, voce «*Revocatio in duplum*», in *NNDI*, 15, 1968, p. 820 ss. e a R. ORESTANO, *L'appello civile in drit-*

che al fine di sanzionare eventuali irregolarità del precedente giudizio (anticipando per certi versi la logica dell'appello postclassico), si è quindi preferito ritenerli cionondimeno estranei all'angolo visuale del presente lavoro, essendo più opportuno, per le già richiamate ragioni di linearità e coerenza, limitare l'attenzione ai soli meccanismi che intervengono direttamente nel corso del processo allo scopo di evitare che la condotta delle parti possa condizionare negativamente l'andamento dello stesso.

Così ridimensionato, l'oggetto della presente ricerca si riduce pertanto ad un esame dei meccanismi formulari che variamente condizionano il comportamento delle due parti in modo da assicurare la congruità del loro agire rispetto agli scopi del processo. E il problema fondamentale diviene - in questo senso - quello di riconoscere e di classificare siffatti meccanismi, ossia di identificare, nel vasto ed eterogeneo campo della procedura *per formulas*, gli istituti che effettivamente rispondono alla logica di fondo così individuata. Il che è complicato, oltre che dalla natura composita di tale procedura (in cui le regole introdotte dal pretore si sovrappongono correggendole alle più antiche strutture del diritto civile), dalla tendenziale reticenza delle fonti circa la funzione dei singoli istituti, specie quando (come nel nostro caso) non si tratta di una *ratio* immediata quanto piuttosto di un indirizzo «funzionale». Al fine di isolare e di mettere in luce la funzione in esame non ci si potrà quindi basare sulle sole testimonianze esplicite fornite dai testi, ma occorrerà osservare il ruolo e la collocazione dei diversi strumenti e congegni processuali nella dinamica complessiva del giudizio, così da rilevare a quali di essi (o a quali aspetti della loro disciplina) possa effettivamente essere riconosciuta l'idoneità a soddisfare l'esigenza processuale di cui qui ci si occupa. Quali cioè - tra gli stessi - assolvano primariamente (anche se non necessariamente in maniera esclusiva) a una funzione di garanzia della collaborazione delle parti al corretto perseguimento delle finalità del giudizio. La speranza è che, in questo modo, la disciplina del procedimento formulare si illumini di una luce parzialmente nuova con riguardo alle implicazioni concrete della sua caratteristica struttura, ossia che dallo sforzo così intrapreso nell'isolare e collegare tra loro quei profili di esso che tendono ad assicurare la cooperazione tra le parti possano emergere degli aspetti degli stessi normalmente trascurati, che in una loro indagine tradizionale e

to romano, Torino, 1966, 105 ss. Ad esso si riferisce anche O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig, 1883, p. 355-356, distinguendone un impiego "difensivo" ed uno più specificamente "offensivo".

disgiunta rimarrebbero in ombra. Poste le sue premesse, il presente lavoro non intende dunque innovare le conoscenze già acquisite circa il processo *per formulas*, né proporre particolari teorie sulla disciplina degli istituti dei quali esso si compone, ma ambisce più semplicemente (e in un certo senso più banalmente) a rivalutare in una diversa prospettiva alcuni profili specifici di quell'esperienza processuale; così da offrirne (per quanto possibile) una lettura alternativa ed ancora inesplorata.

Tutto ciò che si vuole realizzare, in altri termini, è un tentativo di comprendere più a fondo tali figure e istituti (in larga parte già noti) grazie all'angolo visuale teleologico offerto dalla questione dell'economia collaborativa della macchina processuale; nella consapevolezza che, se certo non ne deriverà una rivoluzione nella conoscenza degli stessi, possa almeno ricavarsene una comprensione più critica e approfondita della tratlatizia immagine «privatistica» del processo romano classico. Un'utilità che risulta a ben vedere tanto più immediata, manifesta ed auspicabile laddove si consideri la significativa lacuna tutt'ora esistente - a questo proposito - nella letteratura romanistica. Mentre la moderna scienza processuale, come si è visto, non ha mancato di dedicare al problema una riflessione approfondita, infatti, nel panorama degli studi romanistici un analogo sforzo di esaminare nello specifico i mezzi a tutela della collaborazione delle parti all'economia del processo non si è mai manifestato. Di tale prospettiva non si trovano anzi che delle tracce marginali nella letteratura generale sul processo (per lo più nei termini di un generico riferimento all'importanza della collaborazione del convenuto alla *litis contestatio*)⁸² o nelle trattazioni monografiche di particolari istituti o momenti processuali, come nel caso di alcuni studi dedicati all'*indefensio* o alle modalità introduttive del procedimento *in iure*)⁸³; ma, salvo alcuni più recenti ed originali contributi sulla tematica gaiana delle cd. *poenae temere litigantium*⁸⁴, nulla che si avvicini a una considerazione complessiva del problema e

⁸² Si rimanda in proposito alle sintetiche indicazioni bibliografiche già *supra* individuate.

⁸³ È il caso - tra gli altri - di G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, cit. e, sulla medesima linea ma in una prospettiva più limitata, di L. D'AMATI, *Sulla collaborazione del convenuto nel processo formulare*, cit; Di quest'ultima autrice può inoltre ricordarsi il volume - di recentissima pubblicazione - dal titolo: *L'inattività del convenuto nel processo formulare: indefensio, absentia e latitatio*, Napoli, 2016, in cui le tematiche già affrontate nei precedenti contributi vengono riprese e sviluppate in una prospettiva almeno in parte più sistematica.

⁸⁴ Ci si riferisce, in particolare, all'interessante ed ambizioso contributo di C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano, 2002, sul quale si tornerà ampiamente nel prossimo capitolo. Per l'assenza di una prospettiva organica nella letteratura romanistica si veda F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, Milano, 2000, I - *Presupposti storici*, pp. 52-53. Lo stesso autore evidenzia tra l'altro come tale recupero della "prospettiva storica" negli studi sulla responsabilità processuale si renda necessario

delle sue molteplici implicazioni sulla vicenda del processo. Cosicché la tematica della responsabilità delle parti (o di altri soggetti) per atti e comportamenti contrastanti con l'economia del giudizio e la correttezza del rapporto processuale è rimasta in concreto sprovvista di un adeguato approfondimento di carattere storico.

Per quanto possibile in relazione alla sua natura, in definitiva, il presente lavoro vorrebbe iniziare a colmare - con tutti i limiti e le cautele del caso - questa parziale ma significativa lacuna, fornendo se non altro alcuni validi riferimenti in vista di ulteriori e futuri approfondimenti della medesima tematica. Certo non è pensabile che un simile compito si esaurisca nel breve spazio di questo modesto contributo; anche perché, nonostante la specificità della prospettiva adottata, esso patisce inevitabilmente il limite di una selezione in parte «arbitraria» dei temi affrontati (e si occupa quindi solo di alcune delle questioni potenzialmente rilevanti); né è indiscutibile che i profili processuali così individuati siano effettivamente i più indicativi rispetto al problema in esame. Cionondimeno ci si augura che, a dispetto di tali fattori condizionanti, il risultato di queste ricerche possa contribuire a fornire una rappresentazione per lo meno perspicua dell'ampiezza e della varietà dei rimedi predisposti nel procedimento formulare a fronte delle vicende patologiche dell'*iter* del processo, ossia del trattamento in quest'ultimo riservato agli eventuali comportamenti «abusivi» o altrimenti disfunzionali provenienti dalle parti nel divenire della lite.

Detto questo per quanto riguarda l'oggetto e le ambizioni dell'indagine, ciò che ci si può attendere dai prossimi capitoli altro non è, dunque, che una selezione più o meno circoscritta di figure inerenti al processo formulare, rappresentate dal punto di vista specifico dell'economia del giudizio; con l'unica finalità di evidenziare, per il tramite di questo esame «selettivo», in che misura il complesso degli istituti così considerati adempia effettivamente a quell'obiettivo funzionale; e risulti così idoneo a tutelare la regolarità del giudizio e la corrispondenza tra i suoi mezzi e i suoi fini dagli eventuali contegni dilatori, ostruzionistici od opportunistici di attore e convenuto.

anche nell'interesse di una migliore profondità sistematica delle indagini moderne sul tema, oltre ad ammonire che tale ricerca storica non può essere «né episodica né approssimativa» (ID, *op. cit.*, p. 35).

Quanto infine agli istituti selezionati e alle ragioni che hanno indotto a concentrare l'attenzione specificamente su di essi, si può rinviare a quanto sarà esposto di qui a breve in sede di descrizione della struttura del lavoro⁸⁵, anticipando soltanto che la scelta di esaminarli in una certa sequenza è stata determinata in larga misura proprio dall'esigenza di mostrare come essi accompagnino ogni fase del processo e formino nel complesso un «sistema» diversificato. A conferma che la necessità di assicurare la collaborazione tra le parti, pur richiedendo di volta in volta risposte diverse, è un bisogno che si pone immancabilmente durante l'intera procedura.

A quest'ultima valutazione si collega peraltro anche un'altra aspirazione del presente lavoro: quella di riuscire a evidenziare la congruità e la raffinatezza tecnica dei rimedi così congegnati nel garantire lo svolgimento (e l'efficacia) del processo nonostante la mancata cooperazione di coloro che vi partecipano, sì come risulta, in primo luogo, proprio dalla varietà degli strumenti a tal fine predisposti e dalla loro aderenza alle diverse situazioni in cui sono chiamati ad operare (dal rifiuto di aderire alla chiamata in giudizio fino a quello di conformarsi alla condanna). E ciò anche in reazione alle posizioni critiche di alcuni autori che, anche in tempi relativamente recenti, hanno messo apertamente in dubbio il reale grado di utilità ed efficacia di tali strumenti nel prevenire o contenere gli impulsi egoistici di una delle parti (di regola quella fisicamente o economicamente più forte) volti a impedire o condizionare lo svolgimento del processo⁸⁶. Il fatto che molti dei richiamati rimedi operassero su di un piano privatistico e non ricevessero dall'autorità che una sanzione indiretta, infatti, riflette semplicemente l'impostazione caratteristica del processo privato romano e non significa che essi non fossero in grado di assicurare una reale tutela all'effettività del giudizio; né che le sue finalità di equità e giustizia fossero costantemente frustrate

⁸⁵ *Infra* § 4.

⁸⁶ Tale è la conclusione fondamentale a cui perviene in special modo J.M. KELLY, *Roman Litigation*, Oxford, 1966, il quale riconduce tale difetto di effettività delle sanzioni contro la parte renitente principalmente all'assenza, nel diritto romano classico, di mezzi di coazione pubblica paragonabili a quelli esistenti negli ordinamenti processuali moderni. Contro l'eccessiva radicalità di tale posizione e il suo approccio prettamente sociologico non hanno tuttavia mancato di sollevarsi numerose voci critiche, fra cui G. PUGLIESE, *Principi teorici e realtà pratica nei processi romani*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 35, 1967, p. 291 ss. e, da ultimo, I. BUTI, *Il praetor*, cit. p. 262. In un senso parzialmente conforme alle tesi di Kelly circa l'asserita inefficienza del sistema processuale romano nel garantire il buon esito del giudizio si esprime invece P.G. MONATERI, *Gaio negro. Una ricerca sulle origini multiculturali della tradizione giuridica occidentale*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, IX (2003), p. 58 ss., sul quale ritorna, in termini giustamente critici, G. SANTUCCI, *La scienza gaia e la strana idea del diritto romano non romano*, in *Europa e diritto privato*, X, 2007, pp. 1057 ss.

dalla minima indisponibilità delle parti a collaborare tra loro⁸⁷. La stessa varietà e pervasività di questi rimedi sembra anzi contraddire tale assunto negativo, offrendo per contro una significativa conferma dell'importanza riconosciuta al problema nell'ordinamento giuridico classico, la quale si traduce appunto - pur in assenza di un intervento pervasivo dei pubblici poteri - nella previsione di un sistema diversificato di reazioni processuali in grado di adattarsi alle diverse situazioni "patologiche" determinate dal comportamento refrattario di uno dei contendenti.

Nell'indole marcatamente privatistica della procedura romana, in altri termini, non vi è una ragione fondata per dubitare a priori - come pure si è fatto - del ruolo e dell'utilità di tali meccanismi correttivi delle distorsioni del processo⁸⁸, ma semmai un ulteriore stimolo a coglierne e a valorizzarne l'effettiva portata, approfondendo nello specifico (come si intende fare con il presente lavoro) il loro funzionamento e i loro rapporti reciproci. E ciò perché, se non può dirsi che l'opinione prevalente abbia ignorato o svalutato quei meccanismi, la loro effettiva portata e il loro ruolo specifico risultano ancora per molti aspetti trascurati e scarsamente approfonditi.

4. Questioni di metodo

Alla luce di quanto finora enunciato, appare evidente che al centro della presente indagine non si collochi un particolare istituto o un insieme coordinato di regole del processo formulare, quanto piuttosto una chiave di lettura di quel sistema processuale considerato nel suo complesso. La principale «anomalia» da cui essa è connotata risiede quindi nella natura indiretta e trasversale della tematica in esame. Quest'ultima, riassumibile come si è visto nel problema funzionale dell'economia del processo, attraversa infatti in maniera trasversale l'intera dimensione della procedura *per formulas*, condizionando specifici aspetti dei suoi singoli istituti ed imponendo di

⁸⁷ In questo senso sembra invece concludere R. KELLY, *op. cit.*, p. 174 almeno per la fase pre-classica e classica del diritto romano, nella quale l'istanza della giustizia come *constans et perpetua voluntas ius cuique tribuens* sarebbe stata destinata a rimanere una pura declamazione «*anywhere where power, influence and wealth are thrown as a matter of course into the scales along with merits of the case*».

⁸⁸ I rilievi più attenti e storicamente consapevoli, anche nel contraddire le opinioni contrarie, sono in questo senso quelli di PUGLIESE, *Principi teorici*, cit., p. 293 ss.

conseguenza di indagare selettivamente la loro disciplina in modo da isolare, nell'ambito di questa, soltanto i profili rilevanti nell'ottica prescelta.

Da ciò i peculiari problemi di carattere metodologico con i quali la presente ricerca è chiamata a confrontarsi: Primo fra tutti quello di mantenere l'unità e la coerenza del discorso nonostante la ricordata natura trasversale e selettiva della sua impostazione. Il rischio di un simile approccio di carattere «teleologico» è infatti che l'esame di quei profili ed istituti tra loro eterogenei si traduca, sul piano epistemologico, in una immagine dispersiva e frammentaria dei risultati conseguiti, sacrificando da ultimo la stessa utilità e capacità illustrativa dell'idea di fondo da cui muove il progetto.

Il compito di scongiurare un simile pericolo, naturalmente, non può che competere alle scelte espositive nella presentazione e valutazione delle conoscenze acquisite. La coerenza e la sintesi che non possono emergere dalla trattazione separata dei singoli argomenti dovranno cioè trasparire dalla riflessione che li unisce e che ne giustifica l'esame, la quale sarà quindi chiamata a operare come trama tra le fila di un discorso altrimenti slegato, assicurando un adeguato coordinamento tra i diversi tasselli e il disegno complessivo. A tal fine si dovrà innanzitutto mantenere - nell'analisi dei singoli istituti - lo sguardo stabilmente rivolto alla prospettiva selezionata, valutando la loro disciplina in quanto appaia rilevante rispetto al tema esaminato e trascurando per converso quegli aspetti di essa che non attengono direttamente alla problematica dello studio. E ciò specialmente per quegli istituti in cui la coazione delle parti alla cooperazione processuale non costituisce di certo la funzione primaria (e rispetto ai quali la giustificazione dell'indagine si fa pertanto più problematica). Non quindi una ricostruzione complessiva dei diversi aspetti e momenti del processo ma un riesame ragionato di alcuni di essi volto a enfatizzare la spiccata tensione dell'ordinamento processuale classico verso la regolarità e l'efficacia del giudizio, ossia a porre in luce come esso conoscesse diversi strumenti diretti a garantire tale risultato di fronte alle eventuali scelte disfunzionali intraprese dalle parti.

Quello relativo alla coerenza dell'indagine, tuttavia, non è il solo problema di natura metodologica che richiede una soluzione. Un'altra difficoltà riguarda infatti la rilevanza da attribuire - nella valutazione delle singole condotte esaminate nel lavoro - all'atteggiamento soggettivo manifestato dalle parti, ossia alla natura - dolosa o meno

- del loro agire processuale. La questione, a ben vedere, non è di poco conto, in quanto sottende l'alternativa tra una valutazione del processo nel suo contenuto specificamente «etico» ed una che lo considera invece unicamente per la sua obiettiva capacità di contrastare le condotte inefficienti. Un'alternativa che, qualora si resolvesse nella prima direzione (ossia valorizzando in modo particolare l'elemento doloso) condurrebbe a una significativa limitazione degli istituti considerati e ad una diversa valutazione del loro ruolo processuale. Come si è già anticipato, tuttavia, la scelta di fondo è stata quella di non attribuire alla dimensione soggettiva della condotta delle parti un ruolo determinante nell'indagine del problema, estendendo l'attenzione anche ai rimedi con una base puramente oggettiva e limitandosi piuttosto a evidenziare in quali casi e con quali modalità l'eventuale presenza di un atteggiamento malizioso possa in concreto alterare il loro funzionamento⁸⁹. Una volta acclarato, come emergerà dall'indagine, che il processo formulare romano conosceva a sua tutela tanto strumenti fondati sul dolo quanto meccanismi di natura oggettiva, è parso cioè più corretto e utile alla ricerca non ignorare i secondi per la sola circostanza che sembrano prescindere dall'elemento psicologico, purché ovviamente le conseguenze giuridiche ad essi collegate colpiscano effettivamente comportamenti contrari all'economia del giudizio. Salvo poi valorizzare l'eventuale rilievo dell'elemento psicologico nella misura in cui appaia condizionare la disciplina processuale di alcuni fra quei rimedi⁹⁰. Un'ulteriore e più generale questione di natura metodologica attiene infine alla legittimità dell'impiego, per l'indagine dei richiamati profili del processo *per formulas*, delle nozioni e delle categorie proprie della dogmatica moderna. Posta la (già più volte evidenziata) connotazione trasversale della ricerca intrapresa, infatti, è comprensibile che essa tenda ad avvalersi, nella ricostruzione del suo oggetto, di un lin-

⁸⁹ Dei rimedi specifici contro i comportamenti dolosi delle parti all'interno del processo si è occupato diffusamente M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza giuridica romana*, Torino, 1973, la cui indagine non risulta sovrapponibile al presente lavoro anche perché affronta i diversi istituti in una prospettiva più ampia di quella, qui ritagliata, della responsabilità processuale nella collaborazione al giudizio. Sui pregi del lavoro di Brutti e la sua estraneità alla più specifica prospettiva qui considerata v. F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, cit., p. 53, nt. 3.

⁹⁰ A questo proposito dovrà peraltro tenersi conto che nel diritto romano - come più in generale nei diritti antichi - la questione si poneva in termini parzialmente diversi da quelli caratteristici del diritto moderno, poiché, come alcuni studi hanno efficacemente dimostrato, il carattere doloso attribuito ad una certa condotta, anziché costituire un autonomo presupposto, risultava non di rado direttamente "tipizzato" nella stessa fattispecie, con la conseguenza che anche illeciti apparentemente oggettivi possono talora considerarsi diretti a sanzionare condotte maliziose o percepite come tali. In questo senso, da ultimo, M. KASER, *Typisierter dolus im altrömischen Recht*, in *BIDR*, 46 (1962), pp. 79 ss., nonché G. MACCORMACK, *Dolus in Republican Law*, in *BIDR*, 27 (1985), p. 13.

guaggio e di nozioni altrettanto «trasversali», in grado di elevarsi rispetto ai singoli profili degli istituti selezionati per collegarli tra loro nell'ottica più generale della problematica in esame. E quindi a impiegare gli strumenti concettuali dalla moderna scienza processualcivilistica che, per quanto certamente estranei al processo romano, appaiano idonei a rappresentare - in una chiave unitaria - il filo conduttore funzionale tra i diversi elementi che si sono individuati. Primo fra tutti lo stesso concetto di «economia del processo» che si è impiegato finora, come formula di sintesi, per indicare la matrice teleologica alla base dell'indagine; ma anche - in connessione con questo - nozioni più tecniche come quelle di contraddittorio e parità delle armi o, più specificamente ancora, figure attinenti al rapporto giuridico tra le parti del processo quali facoltà, onere o preclusione processuale. Vi è tuttavia da domandarsi se il ricorso a tali concetti e alla relativa terminologia sia effettivamente compatibile con lo studio della realtà storica del processo romano o se rischi piuttosto di alterarne la comprensione, anticipando principi ed esigenze di genesi più recente (e plasmando di conseguenza un'identità storico-giuridica del tutto anacronistica). Le categorie della dogmatica, del resto, sono il prodotto storicamente determinato di un processo di astrazione e tipizzazione delle situazioni del reale, i cui esiti sono condizionati per forza di cose dal modo di intendere la realtà - fattuale e giuridica - caratteristico del tempo e del luogo in cui essi si formano. Così anche per i concetti, gli schemi e le categorie della moderna scienza processualcivilistica, che risentono evidentemente della natura e del sostrato ideologico degli ordinamenti processuali positivi che essi contribuiscono a ricostruire e interpretare. Ciò comporta senza dubbio che - nel passaggio dall'attualità dogmatica all'indagine storica di realtà processuali da essa distanti - occorre tener conto del mutamento di prospettiva e di orizzonte assiomatico che così si realizza, evitando di «trapiantare» acriticamente nel contesto indagato modelli di astrazione e classificazione giuridica appartenenti - prima di tutto «spiritualmente» - ad un differente modo di concepire il processo. Non implica invece, come ha incisivamente sottolineato Betti in un breve contributo sulla metodologia degli studi storici⁹¹, che si debba per ciò rinunciare in radice all'utilità della dogmati-

⁹¹ E. BETTI, *La dogmatica moderna nella storia del diritto e della cultura*, in *Jus*, 13 (1962), p. 319 ss. In senso analogo ID., *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *Arch. Giur. F. Serafini*, 1928, p. 129 ss. Senza voler entrare in questa sede nel merito dell'annosa e tormentata controversia sui rapporti fra storia e dogmatica negli studi romanistici, si possono ricordare, accanto alle posizioni manifestate da Betti, i contributi di P. DE FRANCISCI, *Questioni di metodo*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono*,

ca nella storia del diritto. Non ogni impiego del metodo dogmatico in chiave storica costituisce infatti una cieca applicazione di concetti moderni a realtà giuridiche con essi incompatibili, giacché «dogmatica» non significa soltanto ricorso allo strumentario di concetti e di figure caratteristico del diritto odierno ma anche - in un'accezione più ampia - impiego del metodo e della forma mentis alla base di quei concetti come strumento di comprensione e interpretazione dell'esperienza giuridica, sia essa quella attuale del diritto positivo o quella passata intesa in chiave storica. In quanto procedimento ermeneutico di fenomeni reali, d'altro canto, la storia non può pretendere di conoscere il suo oggetto in un'ottica puramente obiettiva e libera dai condizionamenti della soggettività dell'interprete, ma deve tener conto del ruolo ineliminabile svolto da quest'ultimo nella ricostruzione dei dati, ossia del fatto che qualsiasi processo conoscitivo è in qualche modo il frutto della logica e dell'angolo visuale di chi lo intraprende. Un condizionamento tanto inevitabile quanto necessario ad avvicinare l'interprete all'oggetto in esame.

Esclusa così la possibilità di un'indagine storica che fornisca una visione «pura» dei fenomeni studiati, la suddetta pretesa inammissibilità di una conversione diacronica dell'indirizzo dogmatico si rivela quindi un semplice preconceito. Se il compito dello storico è quello di restituire un'immagine dell'esperienza passata il più possibile fedele ai suoi caratteri immanenti, infatti, egli potrà (e dovrà) farlo anche con l'ausilio dei concetti e degli strumenti ordinanti che gli sono familiari, in quanto è per mezzo di essi che egli è in grado di ricostruire le forme di manifestazione del fenomeno giuridico, e in quanto non di rado è proprio l'impiego di tali strumenti che consente di cogliere con maggiore consapevolezza l'alterità della dimensione storica rispetto ai tratti caratterizzanti dell'esperienza attuale. Il che, lungi dal trascurare la specificità e l'autonomia del dato storico rispetto all'esperienza moderna e alle specificità di quest'ultima, significa ricondurlo alla sfera di conoscibilità di un osservatore esterno ed imparziale, che non partecipa dei fenomeni indagati e che in quanto tale non sa-

I, Palermo, 1936, p. 3 ss. (in cui le tesi di Betti sono sottoposte a una critica severa) e, più di recente, N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Torino, 1974, 160 ss. e A. GUARINO, *L'esperienza di Roma nello studio del diritto*, in *Pagine di diritto romano*, Napoli, 1993, p. 109 ss. Sul contributo della riflessione metodologica bettiana in ordine al rapporto tra la dimensione del dogma e l'impostazione caratteristica delle scienze storicistiche si veda anche G. SANTUCCI, «Decifrando scritti che non hanno nessun potere». *La crisi della romanistica fra le due guerre*, in I. BIROCCHI, M. BRUTTI (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, Torino, 2016, p. 92 ss.

rebbe altrimenti in grado di collocarli nella loro dimensione originaria. L'impiego della dogmatica moderna, in definitiva, non incide sull'obiettiva storicità dell'oggetto dello studio, né altera in alcun modo la sua intrinseca natura, ma (se impiegata correttamente ed in maniera consapevole) offre allo storico una efficace porta di accesso alla fenomenologia di regole e istituti appartenenti al passato. Esso risulta quindi non solo legittimo, ma anche proficuo per una migliore e più piena comprensione del diritto processuale romano quale realtà a sé stante e storica determinata, consentendo di ricavare dal massiccio patrimonio casistico in cui esso si esprime (solo di rado tradotti in linee concettuali generali ed astratte) le soluzioni concrete da esso predisposte rispetto ad una serie di ulteriori problemi dell'esperienza del processo, riconoscibili con gli strumenti della dogmatica moderna nella misura in cui questa offre una risposta alle medesime esigenze. A patto ovviamente che l'interprete si mantenga consapevole che questa chiave di lettura appartiene alla sua soggettiva struttura ermeneutica e non alla realtà oggettiva ed immutabile dei fenomeni indagati⁹².

Vi è tuttavia per lo meno una nozione della dogmatica processuale moderna che, nonostante la sua apparente relazione con l'oggetto della ricerca, rimarrà esclusa - per una consapevole scelta metodologica - dallo strumentario concettuale del presente lavoro: quella comunemente identificata, nel lessico della dottrina processualistica che ne ha affermato l'utilità, con la locuzione enfatica di «*abuso del processo*». Sotto questa generica etichetta - che altro non costituisce che la trasposizione sul piano processuale della formula civilistica dell'«abuso del diritto» - si è soliti raggruppare quelle condotte delle parti (o degli altri soggetti partecipanti al processo) che, pur non potendosi ritenere di per sé stesse illegittime, costituiscono un uso «anomalo», «strumentale» o «distorto» del meccanismo processuale, e in quanto tali appaiono - cionondimeno - meritevoli di repressione⁹³. Quali vicende «abusive» nella accezione

⁹² In questo senso R. ORESTANO, «*Obligationes*» e dialettica, in *Mélanges Lévy-Bruhl*, Paris, 1959, p. 445 ss. (oggi anche in ID., *Edificazione del giuridico*, Bologna, 1989, pp. 339 e ss.), ove si sottolinea - con una sintesi felice e convincente - come ciò equivalga a riconoscere che l'impiego storiografico delle categorie concettuali moderne è possibile e metodologicamente utile soltanto a condizione che queste non si carichino di una valenza arbitraria in quanto cristallizzate nel loro attuale contenuto.

⁹³ Una rassegna completa dell'estesa letteratura sull'abuso del processo, oggetto negli ultimi anni di una crescente attenzione della dottrina italiana, sarebbe impossibile e - tutto sommato - superflua. Ci si limita pertanto a ricordare i più significativi contributi sul tema: G. DE STEFANO, *Note sull'abuso del processo*, in *Riv. Dir. proc.*, 1964, pp. 582 ss.; M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di abuso del processo*, in *Diritto privato*, 1997, 3; F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, cit., Milano, 2000; V.

descritta vengono cioè classificate - con lo specifico intento di renderle sanzionabili - fattispecie o comportamenti diversi e di tra loro eterogenei, accomunati unicamente dal fatto che all'esercizio di una facoltà o di un potere processuale per mezzo degli stessi corrisponde il perseguimento, ad opera dell'interessato, di finalità diverse e incompatibili con quelle in vista delle quali gli stessi poteri o facoltà processuali risultano attribuiti; realizzandosi con ciò un'evidente «dissociazione» tra i mezzi (formalmente leciti) impiegati dall'agente e i fini (sostanzialmente abusivi) da esso perseguiti, per effetto della quale lo svolgimento del giudizio risulta alterato rispetto al suo ordinario e fisiologico andamento⁹⁴. Nella prassi applicativa, così, la figura dogmatica dell'abuso del processo diviene essenzialmente uno strumento di garanzia della coerenza e della proporzionalità dell'agire processuale rispetto ai suoi intenti, consentendo di colpire i comportamenti delle parti o degli altri soggetti quando essi non appaiono funzionali alle finalità loro proprie, e assicurando in tal guisa l'efficace coordinamento degli stessi nel comune interesse al buon esito del giudizio.

Così definita nei suoi elementi essenziali, la nozione di comportamento processuale «abusivo» come sommariamente ricostruita da una parte della dottrina e della giurisprudenza contemporanee sembrerebbe pertanto adattarsi piuttosto agevolmente anche ad alcune delle condotte - sopra richiamate⁹⁵ - in cui si sostanzia il rifiuto delle parti di collaborare attivamente allo svolgimento del giudizio. O per lo meno a quelle

ANSANELLI, voce "Abuso del processo", in *Dig. Disc. Priv.*, IV, Agg. III, Roma, 2007, pp. 1 ss. A. DONDI - A. GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile in prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, pp. 193 ss.; G. NICOTINA, *L'abuso del diritto nel processo civile*, Roma, 2007; M. MONTANARI, *Note minime sull'abuso del processo civile*, in *Corr. Giur.*, 2011, pp. 556 e ss.; M.F. GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, cit.; G. SCARSELLI, *Sul cd. "abuso del processo"*, in *Riv. Dir. proc.*, 2012, p. 1448. Ancora più ampia e diversificata è la letteratura sulla figura "nativa" dell'abuso del diritto, per la quale ci si limita quindi a richiamare il fondamentale saggio di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998 [riedizione monografica dell'omonimo articolo già pubblicato in *Riv. Dir. civ.*, 1965, I, pp. 205 ss.] e, per ulteriori riferimenti bibliografici, il recente contributo di G. PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in "Ragion pratica", 24 (2005), pp. 161-180.

⁹⁴ Alla figura dell'abuso del processo sono state così ricondotte - in tempi diversi e con motivazioni oscillanti - fattispecie come il frazionamento della domanda giudiziale, il regolamento preventivo di giurisdizione promosso con finalità dilatorie, la ricusazione del giudice per motivazioni temerarie e molte altre che non mette qui conto richiamare nel dettaglio (per una panoramica più esaustiva delle condotte processuali variamente qualificate come abusive si veda G. SCARSELLI, *op. cit.*, pp. 2 e ss. nonché - più in sintesi - A. DONDI, sub voce «Abuso del processo», cit., pp. 3 e ss.). Una recente ricostruzione delle molteplici prospettive in cui la teoria dell'«abuso del processo» ha concretamente trovato ingresso nella prassi della giurisprudenza civile si può leggere tra l'altro anche in G.P. CALIFANO, *Dall'abuso del diritto all'abuso del processo*, in *Solo Diritto*, 2012, pp. XXII ss.

⁹⁵ Il riferimento è ai comportamenti esemplificati nei paragrafi 1 e 2 di questa stessa Introduzione.

- fra tali condotte - che consistono in un uso strumentale degli istituti processuali per scopi diversi rispetto a quelli stabiliti dall'ordinamento giuridico, le quali - oltre a manifestare un'insufficiente cooperazione del loro autore al buon esito del processo - appaiono senz'altro qualificabili nei termini suddetti come un «abuso» dello stesso. La rinuncia - nel quadro dell'indagine - ad impiegare siffatta nozione in relazione ai comportamenti «non cooperativi» dell'attore e del convenuto nel processo romano richiede pertanto una adeguata motivazione. Quest'ultima può essere identificata - a livello metodologico - in tre ordini di ragioni che sono apparse dirimenti e che vengono esposte di seguito secondo l'ordine dettato dalla loro crescente importanza:

A) All'opportunità di utilizzare la nozione moderna di abuso del processo ai fini della ricerca che si introduce in queste pagine si oppone innanzitutto la completa estraneità della logica dell'abuso (del diritto e del processo) all'esperienza giuridica romana. Per quanto alcuni abbiano tentato di identificarne le radici nel diritto classico o in quello giustiniano⁹⁶, infatti, la dottrina dell'abuso è indubitabilmente un prodotto genuino dell'epoca moderna, in quanto presuppone il riconoscimento di un ruolo fondamentale alla libertà dell'individuo e una concezione tendenzialmente assoluta dei diritti soggettivi (rispetto alla quale la figura dell'abuso intende quindi costituire un limite estrinseco). Essa appare cioè giustificarsi - come strumento concettuale efficace - soltanto in quei sistemi, come i moderni ordinamenti continentali, in cui si profila una contrapposizione netta fra la titolarità formale di una situazione giuridica e il suo concreto esercizio, e in cui esiste quindi una precisa dicotomia fra il piano delle determinazioni astratte relative al contenuto di diritti e facoltà e quello concreto della loro applicazione in sede processuale⁹⁷. Con la conseguenza che può verificarsi

⁹⁶ Prevalentemente sotto la spinta di motivazioni ideologiche tese ad anticipare in chiave storica la percezione del problema e la conseguente elaborazione del concetto. Fra i contributi emblematici in tal senso si ricordano V. SCIALOJA, sub voce «*Aemulatio*», in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1892, p. 426 ss.; S. PEROZZI, *Il divieto di atti d'emulazione e il regime giustiniano delle acque private*, in *Arch. Giur.*, 53, 1894, pp. 350 ss.; M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 15 (1923), p. 105 ss.; L. JOSSE-ERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dit de l'abus de droit*², Paris, 1939, *passim*; S. RICCOBONO, *La teoria dell'abuso del diritto nella dottrina romana*, in *BIDR*, 46 (1939), p. 1-49; Più di recente, considerazioni nel senso della possibilità di individuare nel diritto romano il fondamento di una logica anti-abusiva sono state espresse da F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino, 2013 e nella tesi dottorale (non pubblicata) di U.S. ELSENER, *Les racines romanistes de l'interdiction de l'abus de droit*, Neuchâtel, 2000.

⁹⁷ Tanto è vero che alla figura dell'abuso viene comunemente negata la piena cittadinanza in quegli ordinamenti, come quelli appartenenti alla tradizione di *common law*, in cui una simile dicotomia o dissociazione fra i due piani non risulta individuabile. Sul punto G. GROSSO, voce «*Abuso del diritto*

una dissociazione fra le due dimensioni che consente di qualificare come abusivo l'esercizio di una determinata posizione soggettiva.

Gli stessi presupposti appaiono per converso radicalmente estranei all'esperienza (classica) del processo romano, la quale non solo non attribuisce altrettanto rilievo alla volontà del privato⁹⁸, ma non conosce nemmeno una separazione netta fra processo e diritto sostanziale che consenta di individuare - nell'ottica qui prospettata - posizioni giuridiche autonome suscettibili di essere abusate. Dal che discende che qualsiasi tentativo di ricondurre a quell'esperienza giuridica l'originaria emersione della teorica dell'abuso è in qualche misura il frutto di una forzatura storica, colpevole se non altro di voler anticipare in chiave ideologica strutture ed esigenze che sono in realtà intimamente pertinenti agli ordinamenti contemporanei. E ciò anche laddove si pretenda di fondare un simile tentativo su testimonianze delle fonti che sembrerebbero in astratto giustificare una lettura di questo tipo (come i ben noti passi in cui si afferma che «*male enim nostro iure uti non debemus* e che *non omne quod licet honestum est*»⁹⁹), in quanto sia queste che le altre affermazioni da cui si è voluto ricavare l'opposto principio della piena absolutezza dei diritti (tradizionalmente riassunte con la massima «*qui suo iure utitur neminem laedit*» e le sue molteplici varianti¹⁰⁰) sono a ben vedere manifestazioni particolari - e circoscritte ai relativi settori - della naturale compresenza tra un'istanza di effettiva tutela delle facoltà soggettive e la tendenza a delimitarne l'impiego entro confini ragionevoli, la quale non autorizza in alcun modo a individuare nelle prime la traccia di una precoce e più ampia teorizzazione della dottrina dell'abuso. Non bastano infatti delle considerazioni di tendenza,

(diritto romano)», in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 161-163 e A. GAMBARO, *Abuso del diritto. - II Diritto comparato e straniero*, in *Enc. Dir.*, I, Roma, 1988, p. 6.

⁹⁸ A questo proposito può tutt'ora essere utile rinviare alle pagine, certo ideologicamente condizionate ma non per questo meno attuali, del noto saggio di F. DE MARTINO, *Individualismo e diritto romano privato*, Torino, 1999 specialmente pp. 6 ss. e 25 ss. [già pubblicato nell'*Annuario comparato di Studi Legislativi*, XVI, 1941 e in ID., *Diritto e società nell'antica Roma*, Roma 1979].

⁹⁹ Rispettivamente *Gai.* 1.53 e D. 50.17.144.pr., riferiti l'uno all'esercizio dei poteri del *dominus* nei confronti dello schiavo e l'altro in generale alla materia dei contratti. Sul punto U. BRASIELLO, *Problemi di diritto romano esegeticamente valutati*, I, Bologna, 1954, pp. 10 ss. Più in generale, una conferma della genuina matrice classica dell'istituto si è voluta leggere nella massima, ricavabile da D. 6, 1, 38 e ripresa da Giustiniano, secondo cui *malitiis non est indulgendum*, la quale conteneva già in sé tutta portata del divieto generale di utilizzare un proprio diritto contro l'equità e la buona fede. Sul punto RICCOBONO, *La teoria dell'abuso del diritto*, cit., p. 14 ss. che vi scorge una vera e propria preparazione classica della più matura dottrina giustiniana dell'abuso del diritto. Per il problema della riconducibilità al diritto romano della dottrina degli atti emulativi e delle sue numerose manifestazioni concrete può rinviarsi anche a G. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, I, Bologna, 1946, p. 9 e ss.

¹⁰⁰ D. 43.29.3.2 (...*quia dolo malo non videtur habere, qui suo iure utitur*); D. 50.17.55 (*nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*); D. 50.17.151 (*non videtur vim facere qui suo iure utitur*).

peraltro confinate a situazioni particolari o a problemi specifici¹⁰¹, per affermare l'esistenza di un principio generale. Quella dell'abuso del diritto (e del processo), in definitiva, è una delle categorie concettuali della dogmatica moderna che - per le ragioni sopra elencate - meno si adatta ad essere impiegata fruttuosamente in prospettiva storica, giacché - risentendo più di altre dei presupposti e dei condizionamenti ideologici del sistema in cui è sorta - non può utilmente trasferirsi al di fuori del suo contesto originario se non a costo di una pericolosa e antistorica distorsione dello stesso oggetto che per mezzo di essa si intende indagare. Rischiano anzi di attribuirvi significati e contenuti non del tutto coerenti e di produrre con ciò più incomprensioni che effettivi chiarimenti. Da ciò una prima motivazione - di carattere storico - a sostegno della cosciente esclusione del concetto in esame dallo strumentario logico della presente ricerca, la quale, quand'anche esaminerà tematiche e profili ad esso potenzialmente riconducibili, muoverà pertanto dal presupposto sottointeso che nel processo romano classico questi ultimi vadano comunque indagati in una prospettiva diversa rispetto a quella pubblicistica (ed essenzialmente individualistica) che ha condotto alla definizione di tale figura concettuale negli ordinamenti contemporanei.

B) Una seconda e più immediata ragione per rinunciare in questa sede alla dogmatica dell'abuso risiede poi nell'evanescenza e problematicità che tale nozione manifesta negli stessi ordinamenti contemporanei che la riconoscono ed accolgono. Più ancora di quella primogenita dell'abuso del diritto, infatti, la figura concettuale dell'abuso del processo è stata oggetto, fin dalla sua origine, di una teorizzazione insoddisfacente e tutt'altro che omogenea¹⁰², che l'ha resa anzi largamente controversa tanto sul pia-

¹⁰¹ Specie nel quadro dei rapporti di vicinato relativi alla proprietà immobiliare e dei cd. atti emulativi nella gestione delle acque. In questo senso si veda anche C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo*, cit., p. 14. È invece largamente dibattuto - anche tra i sostenitori dell'origine «premoderna» della figura - se la sua genesi risalga già agli sviluppi del diritto giustiniano o costituisca piuttosto una elaborazione più tarda che affonda le proprie radici del diritto comune. Nel primo senso si è espresso in particolare S. RICCOBONO, *La teoria dell'abuso del diritto nella dottrina romana*, in *BIDR*, 46 (1939), pp. 1-48, mentre la tesi della tendenziale estraneità della figura in esame all'esperienza giuridica romana (anche postclassica) è stata sostenuta - tra gli altri - da V. SCIALOJA, *Degli atti di emulazione nell'esercizio dei diritti*, in *Foro it.*, 1878, c. 481 ss. e P. BONFANTE, *Criterio fondamentale dei rapporti di vicinanza*, in *Riv. Dir. civ.*, 3 (1911), p. 517-561). Più ampi riferimenti alla letteratura in un senso e nell'altro in U. BRASIELLO, in *Problemi di diritto romano esegeticamente valutati*, cit., p. 9 ss.

¹⁰² Così G. DE STEFANO, *Note sull'abuso del processo*, cit., pp. 589 e ss.; Considerazioni simili ed altrettanto critiche circa l'incompiutezza della dottrina a questo proposito in A. DONDI, voce «*Abuso del processo civile*», cit., pp. 2 ss. (ove si sottolinea come a tale incompiutezza abbia verosimilmente contribuito anche il ritardo con cui la nozione ha trovato effettivo riconoscimento rispetto al suo omo-

no dei presupposti teorici quanto su quello delle sue implicazioni applicative. Vittima di un'elaborazione recente e non di rado motivata da ragioni pratiche di «politica dei giudizi», tale nozione ha ricevuto così - persino in quei sistemi che conoscono una definizione positiva dell'abuso del diritto¹⁰³ - un'accoglienza incerta ed assai altalenante, rivelando appieno le difficoltà (ancora maggiori che sul piano sostanziale) di concepire un limite di questo tipo all'esercizio di un potere o di una facoltà formalmente attribuiti al loro titolare¹⁰⁴. Anche laddove la nozione di abuso non sia stata rigettata in radice quale figura superflua e contraddittoria a metà strada tra diritto e morale¹⁰⁵, diverse sono state in particolare le posizioni assunte in dottrina e giurisprudenza circa i criteri in base ai quali sarebbe possibile stabilire se e quando una determinata condotta debba considerarsi abusiva. Senza giungere a una soluzione univoca o condivisa, complice la mancanza di un referente normativo, si sono così individuati per lo meno tre criteri che possono dirsi generali (ai quali si aggiungono, a complicare ulteriormente la questione, quelli derivanti dalla combinazione degli stessi)¹⁰⁶: da un lato un criterio «soggettivo» per cui vi sarebbe abuso laddove la parte agisca con l'unico intento di danneggiare l'avversario (abuso come intento di emu-

logo di diritto sostanziale) e in V. ANSANELLI, voce «Abuso del processo», cit., p. 1. Più prudente circa i possibili risvolti del ricorso alla figura in sede processuale il giudizio di F. CORTESE, *Abuso del processo: il giudice amministrativo e l'abuso del diritto*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 10 (2012), pp. 8 e ss., il quale conclude che «[...] è prematuro, probabilmente, considerare simili evoluzioni in termini decisamente progressivi ovvero, all'opposto, in termini radicalmente negativi».

¹⁰³ È il caso del diritto tedesco (§§ 226 e 242 BGB) e di quello austriaco (§ 1295 ABGB), nei quali si impiegano alternativamente le nozioni di “*Rechtsmissbrauch*” e di “*Schikaneverbot*” (a tal proposito si veda ad esempio H. MERZ, *Vom Schikaneverbot zum Rechtsmissbrauch*, in *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1977, [172], e per quello austriaco (§1295 ABGB). Anche in questi ordinamenti, infatti, il “trasferimento” della figura dal piano sostanziale (in cui costituisce essenzialmente una derivazione della clausola generale di buona fede e correttezza) a quello processuale delle relazioni tra le parti ha dato luogo a non pochi problemi, conducendo spesso a risultati dibattuti e concettualmente instabili. Sulle maggiori difficoltà di un'estensione della teoria dell'abuso nel contesto del processo v. anche M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di abuso del processo*, cit., p. 435. Sulle emersioni della figura in altri ordinamenti processuali europei e non v. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., *passim*.

¹⁰⁴ Nel senso di un uso improprio e fuorviante della nozione in esame, in quanto impiegata in chiave essenzialmente «politica» e strumentale ad interessi diversi, si veda ad es. G. NICOTINA, *Il concetto di abuso del processo*, cit., pp. 15 ss. Con specifico riferimento alla ricezione della figura nell'ordinamento processuale italiano e alle sue alterne vicende normative e giurisprudenziali si veda ancora A. DONDI, voce «Abuso del processo civile», cit., pp. 8 ss. Sul rischio che l'impiego della figura a livello processuale si traduca in una valutazione distorta delle condotte delle parti e in una serie di limitazioni non altrimenti stabilite all'esercizio delle loro facoltà si veda anche F. CORTESE, *op. cit.*, pp. 5 e 6.

¹⁰⁵ Per questa tesi radicalmente negativa si vedano, in particolare, P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 56; M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 105 ss. e L. BARASSI, *Le obbligazioni. Concetti fondamentali e fonti*, Milano, 1930, p. 123, artefice quest'ultimo di una critica specialmente pungente.

¹⁰⁶ Una più compiuta ricostruzione dei diversi parametri in base ai quali una determinata fattispecie di esercizio del diritto (o del potere) può ritenersi “abusiva” nel senso suddetto si trova ad es. in F.D. BUSNELLI, E. NAVARRETA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato 1997*, III, *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, pp. 188 ss. e nell'ulteriore letteratura ivi richiamata.

lazione); dall'altro un criterio «oggettivo» che lo scorge per converso in ogni deviazione della condotta di parte rispetto ai fini istituzionali perseguiti dal processo (criterio dell'esercizio «anormale» delle facoltà processuali); e - accanto a questi - un criterio «intermedio» e più problematico che fa dipendere l'abusività o meno della condotta interessata dal bilanciamento tra l'interesse diretto perseguito dall'agente e quello contrapposto di chi ne riceve uno svantaggio (criterio «economico-paretiano»). Né vi è a ben vedere una in particolare tra le impostazioni dogmatiche in tal modo sintetizzate che sia stata in grado di imporsi rispetto alle altre nell'edificare una dottrina unitaria dell'abuso del diritto (o dell'abuso del processo) idonea a rappresentare con sufficiente precisione e coerenza sistematica le molteplici situazioni - tra di loro eterogenee - alla stessa comunemente ricondotte¹⁰⁷; tant'è vero che non sono mancati - tra i detrattori contemporanei della figura dell'abuso - coloro che hanno ritenuto di poter individuare nella sua stessa costruzione sotto il profilo dogmatico un semplice quanto infruttuoso tentativo di sovrapporre in modo fittizio una categoria concettuale forzatamente unitaria alle molteplici ipotesi di condotte illecite relative al giudizio e autonomamente disciplinate dall'ordinamento processuale¹⁰⁸.

C) Da ultimo, la scelta di non avvalersi dalla logica dell'abuso nell'impianto metodologico della presente ricerca è stata giustificata - a livello programmatico - dall'esigenza di evitare le eccessive limitazioni che ciò avrebbe comportato in termini di ampiezza e di potenziale estensione della prospettiva adottata. A prescindere dalla impostazione dogmatica che si voglia privilegiare nella ricostruzione del concetto e delle implicazioni dell'abuso, è infatti evidente come a tale figura risultino sottesi - per sua stessa natura - una logica e dei criteri di carattere soggettivo nella valutazione degli atti e dei comportamenti processuali che ad esse vengono ricondotti, la cui qualificazione quali condotte «abusive» nei termini suddetti viene comunque ricollegata (direttamente o indirettamente) al rapporto esistente tra le condotte medesime e le scelte effettuate - sul piano individuale - dal soggetto che le attua all'interno del pro-

¹⁰⁷ Sull'ambigua e contraddittoria coesistenza tra le molteplici ricostruzioni della nozione dottrinale di abuso del processo e l'incapacità di ciascuna di stesse di imporsi sulle altre quale principio unitario di ricostruzione della figura v. M. TARUFFO, *Elementi*, cit. e G. NICOTRA, *L'abuso*, cit. *passim*.

¹⁰⁸ Radicali in questo senso le conclusioni a qui perviene G. SCARSELLI, *Sul cd. "abuso del processo"*, cit., p. 13, secondo il quale "[...] alla luce del sistema normativo vigente" si potrebbe a ben guardare ritenere - sulla scorta delle segnalate incertezze - che "[...] il cd. abuso del processo non esiste".

cesso quale contenuto specifico di una sua facoltà. Ciò che vale, a ben guardare, anche nel caso di quelle ricostruzioni della struttura giuridica dell'abuso del processo (sopra ricondotte ad un criterio «oggettivo»), che appaiono individuare la sostanza dello stesso - anziché in un atteggiamento intenzionalmente nocivo del soggetto responsabile - nella circostanza (astrattamente neutrale) della divergenza di funzione tra la condotta posta in essere e l'obiettivo processuale per mezzo di essa perseguito, posto che anche in questo caso la possibile individuazione della fattispecie abusiva presuppone in sostanza - ed in ultima analisi - la necessaria e contestuale sussistenza di un doppio presupposto: da un lato, la possibilità di individuare una posizione giuridica di vantaggio (diritto, potere, facoltà o altro) suscettibile di essere «abusata» su iniziativa della parte che ne sia titolare (ciò che risulta a ben vedere implicito nella stessa nozione di abuso, in quanto deve pur sempre trattarsi dell'abuso «di qualcosa»); dall'altro, il concreto esercizio della medesima posizione facente capo al soggetto in un senso o per un fine diverso rispetto a quello per il quale la medesima è in astratto attribuita all'interno del processo, sia esso la realizzazione di un indebito vantaggio per la parte interessata e responsabile dell'abuso ovvero la determinazione di qualche forma di detrimento per la parte avversaria (il quale si riflette del resto - quanto meno di regola - in un correlativo vantaggio di natura processuale rivolto nell'interesse esclusivo della parte che abusi della propria posizione)¹⁰⁹. A conferma del fatto che - anche nell'ottica «oggettivante» in questo senso rappresentata (che pure prescinde a livello concettuale da uno specifico presupposto di intenzionalità delle condotte potenzialmente interessate) - la logica dell'abuso si risolve in sostanza nella verifica di una correlazione *lato sensu* soggettiva tra una posizione giuridica di natura individuale e la parte processuale che concretamente la esercita, dovendosi di volta

¹⁰⁹ La necessaria coesistenza di siffatte condizioni affinché possa dirsi integrata una fattispecie di abuso nel senso giuridico del termine è stata esplicitamente confermata anche nella recente giurisprudenza della Corte di Cassazione, che con la sentenza. n. 20106 del 19 settembre 2009 (pubblicata tra l'altro in *Giust. Civ.*, 2009, I, p. 2671 ss. con nota di Nigro) ha appunto riconosciuto come la sussistenza di una condotta abusiva (nella specie di un diritto) presupponga in concreto tanto la titolarità soggettiva del diritto medesimo da parte di un soggetto individuato, quanto l'esercizio dello stesso con modalità incompatibili con quelle ad esso connaturate e in quanto tali censurabili in base a principi giuridici o quanto meno etico-sociali. Sul rapporto tra la figura dell'abuso e la dimensione individuale dell'esercizio dei diritti o di altre posizioni di vantaggio da parte dei soggetti a cui sono attribuite si vedano, *ex multis*, P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 205 ss. e G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio*, cit., p. 18 ss., ma anche U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., p. 26 ss., il quale accosta in tal senso esplicitamente la costruzione dogmatica della figura dell'abuso alla dimensione concettuale della buona fede soggettiva ed oggettiva nell'esercizio dei diritti.

in volta valutare, ai fini della rilevazione di un'eventuale abusività dell'esercizio della prima, il fine specifico volontariamente perseguito dal soggetto che ne è titolare. Obiettivo specifico del presente lavoro, come si è visto, vuole essere per converso un'indagine complessiva dei comportamenti delle parti all'interno del processo che possano interferire - per il loro stesso contenuto o per le loro concrete modalità di esercizio - con il regolare svolgimento della vicenda processuale o comunque compromettere l'efficienza della stessa, tra i quali rientrano evidentemente non soltanto gli atti compiuti da ciascuna delle parti strumentalizzando per fini ultranei l'esercizio concreto delle proprie facoltà ma anche (più in generale) quelle condotte processuali - variamente qualificabili come opportunistiche, ostruzionistiche, dilatorie o genericamente distorsive - che, pur non costituendo espressione diretta di una corrispondente posizione soggettiva facente capo alla parte o di un'intenzione della stessa di impiegarla scorrettamente, possono comunque determinare una deviazione rilevante dell'*iter* del processo rispetto ai suoi scopi ordinari, sia che il soggetto responsabile le abbia concretamente poste in essere con l'intento specifico di trarne un vantaggio individuale, sia che egli abbia agito per ragioni diverse determinando cionondimeno lo stesso risultato. Ove si volesse impostare tale indagine secondo i suddetti criteri di individuazione dell'abuso, di conseguenza, ciò imporrebbe inevitabilmente di escludere dalla visuale della stessa una serie di condotte potenzialmente rilevanti ma formalmente incompatibili con la logica soggettiva che caratterizza quella figura, sacrificando in misura corrispondente la completezza e l'obiettività della ricerca condotta rispetto ai fini dalla stessa perseguiti. Alla luce dei rischi in questo modo prospettati, si è pertanto ritenuto più opportuno esaminare le differenti condotte riconducibili al tema oggetto del lavoro per il solo fatto della obiettiva idoneità manifestata dalle stesse nel senso di incidere in concreto sull'economia del giudizio, a prescindere tanto dalla loro formale riconducibilità a una specifica posizione soggettiva facente capo ad una parte quanto dall'eventuale connotazione dolosa (o in senso lato colpevole) puntualmente individuabile alla base delle stesse, che potrà tutt'al più essere rilevata caso per caso laddove appaia effettivamente caratterizzare una determinata condotta (senza tuttavia che la sua assenza possa precludere l'esame di comportamenti ulteriori aventi natura diversa). Il che non ha fatto che confermare - ancora una volta e in un'altra prospettiva - la necessità di relegare le implicazioni dogmatiche della mo-

terna dottrina dell'abuso del processo oltre ed al di fuori dei confini della ricerca.

5. Piano dell'opera

Ciò detto per quanto riguarda il contenuto, le finalità e la metodologia dell'indagine, resta soltanto da svolgere qualche considerazione operativa quanto alla sua organizzazione e alla struttura del lavoro. Tra i vari criteri astrattamente utilizzabili onde ordinare il materiale della ricerca e presentarne i risultati, quello che è apparso in concreto preferibile in quanto più coerente con le finalità dell'indagine consiste nel ripercorrere - nell'esposizione della materia - l'ordine «fisiologico» della vicenda processuale, disponendo la trattazione dei singoli istituti affrontati nel lavoro in base alla particolare collocazione di ciascuno di essi nelle diverse fasi del procedimento formulare. Adottando questo schema «cronologico» (e raggruppando quindi i diversi rimedi secondo la loro posizione all'interno del processo), risulta infatti più agevole individuare la funzione dagli stessi specificamente rivestita nell'assicurare o favorire la collaborazione delle parti alla dinamica del processo, e cogliere così - in una prospettiva più ampia - la combinazione di tali rimedi all'interno di un sistema che si sviluppa in maniera coordinata lungo l'intera sequenza della vicenda processuale.

Ad apertura della trattazione in questo modo strutturata si collocherà così - quale punto di partenza - l'indagine degli istituti che risultano preposti *in limine litis* alla garanzia della collaborazione delle parti nella fase introduttiva del giudizio, vale a dire dei diversi rimedi (civili e pretori) volti a consentire l'instaurazione del processo nonostante l'eventuale resistenza di una delle parti (tipicamente il convenuto) alla chiamata dell'avversario o il suo rifiuto di presentarsi in giudizio una volta citato. Sul presupposto di una ricostruzione sintetica delle modalità di introduzione del processo nel sistema formulare - e nella consapevolezza dell'inesistenza nello stesso di una procedura in contumacia - in questa parte del lavoro rientreranno pertanto in modo particolare quegli istituti volti a colpire la sottrazione del convenuto alla «*vocatio*» dell'attore (o in generale all'esigenza di essere presente in tribunale al momento della chiamata), valutando nello specifico in che misura tali strumenti risultino idonei a

costringere la parte a prestarsi al giudizio e se gli stessi appaiano eventualmente differenziati a seconda delle ragioni che l'hanno indotta - di volta in volta - a trascurare la chiamata. A tal fine, all'indagine dei rimedi predisposti in proposito fin dall'epoca arcaica delle *legis actiones* (ed in parte ancora vitali nel sistema formulare) seguirà la valutazione più specifica delle innovazioni introdotte in proposito con l'intervento del pretore, le quali verranno esaminate dal punto di vista degli specifici presupposti dei rimedi elaborati così come da quello delle relazioni reciproche fra gli stessi esistenti. Il capitolo si concluderà infine con alcuni cenni - per lo meno sommari - a una serie di istituti collaterali a quelli già descritti, diretti a tutelare la regolarità e l'efficacia dell'instaurazione del giudizio anche a fronte di comportamenti impeditivi che provengono da soggetti diversi dalle parti processuali.

In un secondo momento, l'attenzione dell'indagine si sposterà invece dalla fase preliminare dell'introduzione del giudizio all'esercizio vero e proprio dell'azione attraverso l'individuazione - in sede processuale - della pretesa azionata. In questo contesto verrà esaminata, in modo particolare, la specifica soluzione offerta nel sistema processuale romano al problema che viene comunemente individuato nella dottrina processualistica moderna come «*frazionamento della domanda giudiziale*»¹¹⁰, vale a dire la scelta dell'attore - evidentemente contraria all'economia dei giudizi - di limitare l'oggetto dell'azione ad una parte soltanto del proprio diritto, rimandando poi l'eventuale pretesa di ottenere il residuo ad un processo successivo. Si vedrà infatti come - a fronte dei rischi di una simile strategia processuale rispetto all'opportunità che il giudizio si svolga in un'unica sede e per l'intera portata della situazione azionata, l'ordinamento processuale romano abbia previsto un rimedio tanto semplice nel suo svolgimento tecnico-giuridico quanto efficace nel prevenire o reprimere il fenomeno in esame, attribuendo al convenuto un'apposita eccezione dilatoria (detta *exceptio litis dividuae* o *rei residuae*) opponibile all'attore laddove questi avesse agito nuovamente per il residuo entro un determinato periodo di tempo dalla proposizione

¹¹⁰ Siffatta locuzione è comunemente impiegata - in dottrina e in giurisprudenza - come alternativa ad espressioni equivalenti ma meno evocative quali «*parcellizzazione del credito*» o «*domanda parziale*», corrispondente quest'ultima all'espressione «*Teilklage*» impiegata negli studi sul punto della dottrina tedesca. Per una rassegna dell'estesa letteratura che si è occupata del problema e per alcuni cenni alla emersione dello stesso nella prassi della giurisprudenza civile e commerciale, si rinvia fin d'ora alla trattazione specifica della materia all'interno del Capitolo III.

originaria della domanda frazionata. Una volta ricostruite le (non numerose) testimonianze delle fonti che si occupano dell'istituto, si tenterà quindi di mettere in luce il suo concreto funzionamento nella dinamica del processo, evidenziando in particolare come il meccanismo dell'eccezione a tal fine predisposto consentisse un'efficace e bilanciata regolamentazione processuale del fenomeno della domanda parziale - che nelle fonti romane prende il nome di «*minus intendere*» o «*minoris petitio*» - incentivando da un lato l'attore a concentrare per quanto possibile le sue pretese in un unico processo e consentendo dall'altro di paralizzare a posteriori le sue iniziative laddove apparissero opportunisticamente dirette al solo scopo di aggravare la lite o vessare l'avversario. In tale prospettiva, non mancherà peraltro l'occasione di un raffronto diacronico tra la soluzione in tal modo individuata nel processo classico e quelle adottate nei moderni ordinamenti processuali con lo scopo di far fronte al medesimo problema, non di rado rivelatesi del tutto inadeguate a realizzare un analogo equilibrio fra gli interessi contrapposti sottesi al fenomeno del frazionamento della lite. Ad ulteriore conferma dell'intrinseca capacità dell'ordinamento processuale romano di individuare al proprio interno gli strumenti necessari a perseguire incisivamente il fine primario dell'economia del processo, anche attraverso un adeguato controllo sull'ordine e il contenuto delle iniziative processuali di chi esercita l'azione.

Coerentemente con l'ordine cronologico che si è scelto di seguire, un ultimo capitolo della presente ricerca sarà infine dedicato alla disamina di una specifica caratteristica della tutela formulare intesa ad assicurare il buon esito del giudizio anche dal punto di vista dell'esatta realizzazione del suo risultato una volta intervenuta la sentenza di merito. Vista l'estraneità a quel sistema processuale di una tutela esecutiva in forma specifica e di natura coattiva (a cui osta la generalizzata espressione della condanna in una somma di denaro), è infatti manifesto che la collaborazione delle parti debba essere garantita anche nel senso di assicurare alla parte vittoriosa l'effettiva soddisfazione della pretesa azionata (a contenuto non pecuniario) qualora l'avversario soccombente non vi adempia spontaneamente ma si limiti ad accettare il pagamento equivalente. Lo studio dei «correttivi» processuali predisposti dal sistema a fronte di tale tipologia di condotte opportunistiche condurrà ad esaminare la particolare categoria dei giudizi con clausola arbitraria, caratterizzati appunto dall'inserimento nella

formula di uno specifico meccanismo - basato sulla combinazione di un ordine magistratuale (*iussum de restituendo*) e di un giuramento della parte attrice (*iusiurandum in litem*) - diretto a coartare indirettamente la parte all'esecuzione in forma specifica. Una volta chiarita - sulla scorta delle fonti - la strumentalità di tale meccanismo allo scopo di impedire la frustrazione dell'interesse processuale a un'esecuzione soddisfattiva, si tratterà poi di ricostruirne nello specifico l'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo all'interno del giudizio, seguendone in particolare l'evoluzione storica onde chiarire in che termini l'istituto in esame possa effettivamente ritenersi funzionale al suo scopo apparente e risulti pertanto riconducibile alla tematica generale esaminata nell'indagine.

La descritta successione dei capitoli in rapporto alle singole fasi della vicenda del processo sarà tuttavia preceduta - nella struttura del lavoro - dalla trattazione preliminare di una serie di istituti (tra loro eterogenei) che, pur non essendo ascrivibili ad un momento specifico dell'*iter* processuale, risultano cionondimeno ricondotti nella testimonianza delle fonti a una generica funzione di repressione delle condotte delle parti non funzionali all'economia del giudizio. Oggetto specifico di detta trattazione saranno pertanto gli istituti ed i rimedi processuali di cui Gaio si occupa in modo esplicito nell'ultima parte delle sue Istituzioni (Gai. IV, 171-182), e che vengono tradizionalmente indicati con la locuzione generica di «*poenae temere litigantium*», i quali - riferendosi genericamente alla condotta delle parti all'interno del processo - rimarrebbero altrimenti esclusi dall'angolo visuale dei singoli capitoli. Trattandosi (come si è detto) degli unici istituti di cui la recente dottrina romanistica si è occupata nella prospettiva specifica dell'economia del processo caratteristica del presente lavoro, inoltre, di essi ci si dovrà contestualmente occupare dando conto dei risultati delle indagini precedenti, salvo poi naturalmente discostarsi dagli stessi laddove appaiano incompatibili con le conclusioni raggiunte all'esito della ricerca¹¹¹.

Dopo un rapido inquadramento del discorso gaiano sugli istituti in esame, volto in particolare a superarne il tradizionale svilimento quale semplice appendice all'opera istituzionale, la ricerca vorrebbe così concentrarsi sui singoli rimedi unitariamente

¹¹¹ Per la ricostruzione della dottrina precedente in ordine al ruolo e alla collocazione delle cd. *poenae temere litigantium* nel sistema gaiano - così come per i profili sotto i quali in questa sede si è ritenuto di rifiutarla - non può che rinviarsi alla trattazione specifica di tali istituti nel prossimo Capitolo.

trattati in quella *sedes materiae*, indagando brevemente gli specifici presupposti di ciascuno di essi e il concreto funzionamento degli stessi nella dinamica del processo. Particolare attenzione sarà rivolta in tal senso ai rapporti reciproci tra i diversi strumenti in questa sede esaminati, allo scopo di mettere in luce - anche in parziale contrasto con la ricostruzione tradizionale - il loro effettivo coordinamento all'interno del processo e la conseguente possibilità di ricostruirli alla stregua di un sistema unitario e obiettivamente funzionale a perseguire lo scopo di un processo efficiente in quanto (relativamente) immune alle condotte «temerarie» tenute dalle parti.

CAPITOLO PRIMO

LA LITIGIOSITÀ TEMERARIA NELLE ISTITUZIONI DI GAIO

1. Premessa: l'emersione del problema nelle fonti

Come già evidenziato in sede di introduzione del presente lavoro¹, esiste per lo meno un nucleo di istituti - senz'altro riconducibili allo schema classico del processo *per formulas* - la cui strumentalità alla tutela del giudizio contro le condotte aberranti poste in essere dalle parti risulta in qualche misura espressamente ricavabile dalla testimonianza delle fonti. Si è infatti avuto modo di osservare come alcuni passaggi delle Istituzioni di Gaio (corrispondenti ai §§ da 171 a 182 del quarto Commentario) attribuiscono a determinati profili del meccanismo processuale descritto in quella sede la funzione specifica di reprimere le condotte di chi agisca (o resista) all'interno del processo senza un valido fondamento o con finalità vessatorie nei confronti dell'avversario. Si tratta in particolare - secondo l'ordine approssimativamente seguito nell'esposizione istituzionale - del raddoppio della condanna nei confronti del soccombente in determinati giudizi (litiscrescenza), delle stipulazioni pretorie a carico del convenuto che abbia resistito ingiustamente nel corso del processo (*sponsio tertiae et dimidia partis*), del giuramento processuale imposto alla parte che abbia a torto resistito alla pretesa dell'avversario (*iusiurandum non calumniae causae infitias ire*), del giudizio di calunnia e del giudizio contrario (*calumniae iudicium et iudicium contrarium*) nei confronti dell'attore, del giuramento *de calumnia* e della *restipulatio* pretoria eventualmente imposti allo stesso dinanzi al magistrato, nonché - ancora - della qualifica di *ignominiosi* pronunciata dal giudice (con un'apposita nota o censura di *infamia*) nei confronti di coloro che fossero risultati soccombenti nei confronti dell'avversario all'esito del giudizio su determinate controverse.

¹ Introduzione, § 2.

A questo complesso di istituti e di rimedi processuali ci si riferisce comunemente - nella letteratura contemporanea - con l'espressione riassuntiva (e del tutto estranea alla terminologia classica del manuale gaiano) di «*poenae temere litigantium*»², laddove la nozione di “*temeritas*” in tal modo richiamata deve appunto considerarsi riferita - compatibilmente con la più verosimile etimologia della parola³ - al disvalore implicito nel comportamento processuale della parte che agisca nel giudizio con la consapevolezza di essere nel torto o comunque in assenza di un effettivo fondamento della propria pretesa. Ancorché parzialmente modificato ed ulteriormente arricchito nei suoi contenuti, il medesimo complesso di istituti sarebbe peraltro confluito anche in un apposito titolo delle Istituzioni giustiniane⁴, dal quale deriva - come accennato

² Come si tornerà ad evidenziare nel prosieguo dell'indagine, l'espressione in esame si ricava piuttosto dal corrispondente titolo delle Istituzioni giustiniane («*De poena temere litigantium*»).

³ Sulla radice etimologica del termine *temeritas* si vedano in particolare A. ERNOUT, A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, 1994 (rist.), p. 679, che attestano un'origine della parola legata alla nozione di “oscurità” e G. SEMERARO, *Dizionario della lingua latina e di voci moderne*, 2, p. 585, secondo cui la stessa andrebbe piuttosto ricercata nelle matrici semantiche di termini quali «assalto», «attacco» e «irruzione». A. WALDE, B. HOFFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, cit., s.v. “*temere*”, p. 656, lo riconducono espressamente alla radice *temes-* (tenebra) e vi ricollegano quindi il significato di un'attività cieca ed incosulta. Ulteriori indicazioni sul significato del termine possono ricavarsi da E. FORCELLINI, *Totius Latinitatis Lexicon*, 6, Padova, 1940, s.v. “*temeritas*”, ove si osserva in particolare come il termine venga di norma impiegato per riferirsi ad un agire sciocco e sconsiderato o più in generale eccessivo rispetto agli scopi perseguiti. Questa peculiare sfumatura semantica può cogliersi del resto - in una certa misura - anche dall'uso contemporaneo dell'aggettivo «temerario» per indicare - oltre ad un generico atteggiamento di sprezzo del pericolo - la condotta (moralmente connotata in senso negativo) di chi compia una determinata azione con avventatezza ed impudenza o - più in generale - con manifesta sfacciataggine. Il medesimo termine, impiegato con riferimento alla condotta delle parti all'interno del processo, compariva ancora nel testo dell'articolo 370 del Codice di Procedura Civile per il Regno d'Italia del 1865 (“*La parte soccombente è condannata alle spese del giudizio e, trattandosi di lite temeraria, può inoltre essere condannata al risarcimento del danno*”), mentre nella corrispondente disposizione del Codice di rito attualmente vigente - avente per il resto analogo tenore - la stessa risulta sostituita da una perifrasi che riferisce la condanna alle spese e al risarcimento del danno alla parte soccombente che abbia “*agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave*”. La specifica previsione di una responsabilità processuale “aggravata” per la parte che abbia agito con intento temerario non ha mancato di attirare - anche di recente - l'attenzione della dottrina processualcivile, la quale vi ha non di rado individuato il fondamento normativo per la giustificazione di un'autonoma dottrina dell'abuso del processo. Tra i contributi più recenti sul tema possono ricordarsi D. FRANCAVILLA, P. MASTROBERNARDINO, *Lite temeraria: abuso del processo e responsabilità processuale aggravata; Profili applicativi e aspetti critici anche nella prospettiva comunitaria*, Matelica, 2014; F. TOPPETTI, *Il risarcimento del danno da lite temeraria*, Milano, 2014; nonché - anche per più ampi riferimenti alla letteratura contemporanea (italiana ed europea) - M.A. MAZZOLA, *Responsabilità processuale e danno da lite temeraria*, Milano, 2010.

⁴ Inst., 4.16 (*De poena temere litigantium*), nel quale risultano a loro volta condensati - in forma didascalica - i contenuti di alcune precedenti costituzioni separatamente raccolte anche nel Codice (è il caso in particolare di C. 2.58.2.pr. e C. 3.1.14.1, entrambe dedicate all'impiego processuale del giuramento in funzione repressiva degli atteggiamenti calunniosi); Un'elencazione completa delle costitu-

- anche la locuzione che comunemente identifica gli stessi istituti, e il quale ritrova nell'originaria trattazione del manuale gaiano la propria matrice concettuale e la sua principale fonte di ispirazione. Ben si comprende, quindi, come alla testimonianza offerta dalle Istituzioni di Gaio - prima e al di fuori della compilazione giustiniana - debba riconoscersi un ruolo fondamentale al fine di cogliere - in chiave storica - il significato e l'unitarietà della materia che forma oggetto di queste pagine.

Anche volendo trascurare la rilevanza della sua ricezione nel diritto postclassico, la trattazione dedicata da Gaio alle sanzioni nei confronti dei «litiganti temerari» costituisce in effetti l'unico luogo delle fonti attribuibili alla giurisprudenza classica in cui la tematica della responsabilità delle parti per la propria attività all'interno del processo sembra emergere in modo specifico e in una prospettiva unitaria⁵. Con ciò non si vuole affermare che gli istituti in esame trovino, nei richiamati paragrafi delle Istituzioni di Gaio, un'esposizione completa o una collocazione esclusiva. Gli stessi istituti vengono infatti menzionati - all'interno del Digesto - anche in diversi altri luoghi (più o meno eterogenei) ricavati dall'opera dei numerosi giureconsulti ivi collocati, la quale concorre in tal modo ad illuminarne aspetti specifici del loro funzionamento e ad evidenziare le relazioni di ciascuno di essi con i singoli profili del processo formulare di volta in volta esaminati⁶. L'opera gaiana è tuttavia la sola - fra

zioni giustinianee aventi quale obiettivo primario la tutela del processo di fronte a un suo uso strumentale su iniziativa delle parti si trova in C. BUZZACCHI, *Sanzioni processuali nelle Istituzioni di Gaio: una mappa narrativa per Gai. Inst. 4.171-172*, in *LED*, 2011, p. 55, nt. 2). Alla ricostruzione specifica di questa porzione del manuale giustiniano è dedicato il noto saggio di R. BONINI, *Il titolo «de poena temere litigantium» (4,16) delle Istituzioni giustinianee*, in *Arch. Giur.*, 45 (1969), p. 27 ss., in cui la sintesi degli istituti in esame nelle Istituzioni imperiali è posta in aperta contraddizione con la più sommaria rappresentazione degli stessi nell'opera di Gaio. Sul ruolo del manuale gaiano nella genesi e nella compilazione delle Istituzioni di Giustiniano si vedano - più in generale - V. ARANGIO-RUIZ - A. GUARINO, *Breviarium Iuris Romani*, VIII, Milano, pp. 200 ss. e C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *BIDR*, 13 (1901), p. 101 ss. (anche per riferimenti alla ulteriore letteratura).

⁵ Nel senso dell'unicità della testimonianza gaiana nel quadro della giurisprudenza classica si esprime ad esempio E. BIANCHI, *La temerarietà nelle istituzioni di Gaio*, in *SDHI*, 67 (2001), p. 241.

⁶ Ciò è vero, in linea di principio, per tutti gli istituti congiuntamente richiamati nei suddetti paragrafi del manuale gaiano, i quali trovano - nella raccolta di *iura* contenuta nel Digesto - per lo meno un richiamo o una corrispondenza indiretta: al fenomeno generale della litiscrescenza processuale si riferiscono ad es. D. 5.3.20.4 (Ulp. 15 *ad Ed.*) e D. 46.3.7 (Ulp. 43 *ad Sab.*); il *iudicium calumniae decimae partis* si trova indirettamente menzionato - tra l'altro - in D. 37.15.5.pr.; quello *contrarium* in D. 25.5.1 (Ulp. 34 *ad Ed.*), mentre al *iusiurandum* deferito *in iure* per ragioni di *calumnia* si richiamano espressamente - tra gli altri - D. 22.3.25.3 (Paul. 3 *Quaest.*) e D. 48.16.1.pr. (*Marcian. lib. sing. Ad Sc. Turpillianum*). Non mancano, infine, i riferimenti testuali alle sanzioni convenzionali nelle forme tipi-

quelle tramandateci dalla giurisprudenza classica - in cui tali istituti non vengono presentati isolatamente e di per se stessi, ma appaiono descritti in un'unica sede e in relazione reciproca gli uni con gli altri, vale a dire in una prospettiva congiunta e formalmente omogenea che lascia intravedere - nelle intenzioni dell'autore - la volontà di attribuire ai singoli aspetti una funzione unitaria nel contesto del processo.

Non stupisce pertanto, come si è avuto modo di anticipare nel capitolo introduttivo, che l'attenzione saltuariamente rivolta dalla dottrina romanistica - specie negli ultimi anni - alla problematica della collaborazione delle parti e dell'economia del processo si sia concentrata pressoché esclusivamente proprio sulla trattazione gaiana delle *cd. poenae temere litigantium*⁷, la quale è apparsa - con la sua impostazione sintetica e marcatamente didascalica - come il punto di partenza, naturale ed imprescindibile, di ogni indagine sul tema che abbia inteso tener conto dell'esperienza romanistica. Se da un lato la dottrina in esame ha individuato nella sintesi gaiana un facile appiglio per tentare di ricondurre al diritto romano il fondamento storico delle moderne esigenze di economia processuale, tuttavia, le relative indagini hanno trovato per altro verso nella stessa struttura dell'esposizione istituzionale la loro più importante e manifesta limitazione, essendosi per lo più arrestate all'esame superficiale dello schema didattico del manuale gaiano e alla sintetica descrizione dei singoli rimedi in esso considerati, senza ambire a traguardare - al di là degli stessi - un'ispirazione comune o una ragione giustificativa della loro considerazione in una sede unitaria

che delle stipulazioni di garanzia (*sponsio* e *restipulatio*), per le quali si possono qui richiamare, onde limitarsi agli esempi più rilevanti, le testimonianze di D. 39.2.43.2 e di D. 46.3.30 (Ulp. 51 *ad Ed.*).

⁷ Nel quadro della letteratura romanistica che si occupata più specificamente del problema negli ultimi anni possono ricordarsi ancora una volta - accanto a quelli citati nel precedente capitolo - i contributi di C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, cit.; ID., *Sanzioni processuali nelle Istituzioni di Gaio*, cit.; E. BIANCHI, *La temerarietà nelle istituzioni di Gaio* (4, 171-182), in *SDHI*, 67, (2001), pp. 239 ss.; C. SERANGELI, *Le azioni contro il litigante temerario*, in *BIDR*, 71 (1968), p. 203 ss.; A.M. GIOMARO, *La scelta del mezzo giudiziale in ipotesi di temerarietà della lite «ex parte actoris»*, in *Studi Urbinati*, LXIX (2001-2002), pp. 195 ss.; R. BONINI, *Il titolo «De poena temere litigantium delle Istituzioni giustinianee»*, cit.; M.P. JAUBERT, *La «temeritas» et l'abus des droits en droit romain*, in *RIDA*, XV (1968), pp. 516 ss.; A.D. CENTOLA, *La disciplina della condotta vessatoria delle parti nel processo romano*, in *TSDP*, 2012, pp. 1-72; C. SERANGELI, *C. 7,16,31 e le azioni contro il litigante temerario*, in *BIDR*, 71 (1968), pp. 199 ss.; A. AGUDO RUIZ, *Las sanciones al litigante temerario en las Instituciones de Gayo*, in *Revista Jurídica de Navarra*, 20 (1995); A. VALIÑO ARCOS, *La aemulatio en el derecho romano: Su examen en sede relaciones de vecindad y de calumnia procesal*, Santiago de Chile, 2002; F. BARREIRO, *Ética de las relaciones procesales romanas: recursos sancionadores del ilícito procesal*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano*, Vol. I, 1989.

(che pure sembra essere messa in evidenza da Gaio stesso in apertura della trattazione in oggetto). A fronte di un'ovvia attenzione per la forma e i contenuti della ricostruzione gaiana considerata in quanto tale, nell'opera dei non molti autori che se ne sono occupati è mancato in particolare un autentico tentativo di cogliere - al di là della stessa - lo spunto per un'indagine più approfondita delle dinamiche del processo formulare alla luce dell'indicazioni ricavabili da quella stessa trattazione⁸, ossia per individuare nelle puntuali considerazioni dell'opera di Gaio quanto alle condotte «temerarie» delle parti all'interno del processo una chiave di lettura inedita e trasversale attraverso la quale rivalutare - in un'ottica nuova - anche ulteriori aspetti e modalità di funzionamento di quel modello processuale.

Si tratta in altri termini di non accontentarsi di una valutazione frammentaria (e puramente contestuale) dei singoli istituti tratteggiati da Gaio nel suo manuale, ma di ricercare negli stessi - specie alla luce delle forme e delle peculiari modalità con cui vengono trattati in quella sede istituzionale - la manifestazione di un'esigenza processuale più profonda e articolata, suscettibile di illuminare anche ulteriori profili ed istituti caratteristici del processo *per formulas*. L'intento specifico delle prossime pagine - pertanto - sarà quello di ripercorrere la trattazione gaiana delle pene relative ai litiganti temerari in un'ottica comprensiva e “funzionalmente unitaria”, trascurando almeno in parte le specificità dei singoli istituti ivi tratteggiati per concentrarsi piuttosto sugli elementi che accomunano gli stessi e che sembrano giustificare la trattazione congiunta in un'unica sede, così da evidenziare - coerentemente con le finalità perseguite dal presente lavoro - l'effettiva capacità della procedura classica di reagire (preventivamente o in via successiva) ai comportamenti delle parti contrari alla correttezza e alla regolarità del giudizio. Il che consentirà - al tempo stesso - di ricavare dalla sintesi gaiana di quegli istituti importanti indicazioni anche ai fini della più approfondita indagine della tutela dell'economia del processo in età formulare che verrà condotta nei capitoli successivi al di fuori del resoconto istituzionale.

⁸ Una parziale eccezione a questa generalizzata e riduttiva tendenza è rappresentata dai recenti (e già richiamati) contributi di Chiara Buzzacchi, i quali procedono ben al di là di una semplice ricognizione descrittiva dei contenuti formali della trattazione gaiana per tentare di cogliere il valore sistematico di quell'esposizione e il suo significato funzionale a fronte delle peculiari modalità di funzionamento del processo *per formulas*. Per riferimenti più approfonditi all'opera di quell'autrice e alle sue conclusioni si rinvia fin d'ora alle singole annotazioni contenute nel presente capitolo e in quelli successivi.

In questa prospettiva, non potrà ovviamente prescindersi da un'indagine dei singoli rimedi dei quali Gaio si occupa nei richiamati paragrafi delle sue Istituzioni, la cui ricognizione - quanto meno sommaria - servirà se non altro a definire i contenuti e la portata oggettiva della trattazione didascalica che costituisce l'oggetto del presente capitolo. L'esame analitico di quegli istituti e del loro funzionamento, a cui risulta del resto specificamente dedicata la maggioranza dei contributi relativi a questa parte delle Istituzioni di Gaio⁹, non sarà tuttavia inteso a illuminare la disciplina di ciascuno di essi singolarmente considerato, quanto piuttosto a gettare le basi per un'indagine più ampia che li consideri nel loro insieme entro il quadro complessivo della procedura formulare. In luogo del singolo rimedio avverso i litiganti che agiscano in maniera temeraria, al centro del lavoro si collocherà così - sulla scorta dell'impostazione della sintesi gaiana - il «sistema» dagli stessi disegnato con il loro pluralismo e interazione reciproca, nell'ambito del quale ciascun istituto assume rilevanza in funzione degli altri e in rapporto alla comune finalità repressiva della temerarietà processuale¹⁰. Dalla ricostruzione del discorso gaiano, ripercorso nei suoi contenuti e nei suoi passaggi essenziali, potrà in tal modo ricavarsi - oltre che una migliore comprensione dei diversi strumenti deputati alla repressione della litigiosità temeraria nel processo formulare - l'immagine di una «logica comune» sottesa agli stessi e potenzialmente estensibile - nell'ottica della ricerca - alla valutazione di altri aspetti, istituti e caratteristiche di quel sistema processuale, nonché (perché no) al fine di rivalutare - in una luce diversa - le dottrine contemporanee sulla litigiosità temeraria.

2. La trattazione gaiana delle «poenae temere litigantium»

I richiamati paragrafi delle Istituzioni di Gaio, nei quali il giurista antoniniano si occupa dei mezzi di repressione della litigiosità temeraria e che costituiscono per

⁹ Circostanza, quella della «parcellizzazione» dell'indagine nell'esclusivo esame dei singoli istituti descritti da Gaio, a cui C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo*, cit., pp. 26-27, imputa in via principale la responsabilità di aver perpetuato - nella dottrina contemporanea - «il tradizionale giudizio di caoticità della testimonianza gaiana, tacciata di evidenti imprecisioni» ed incoerenze sistematiche.

¹⁰ Per la ricostruzione dei caratteri e delle modalità funzionamento dei singoli rimedi considerati in questa sede ci si baserà pertanto - in larga misura - sui risultati già raggiunti, sulla scorta della stessa testimonianza gaiana, dalla più recente dottrina che si è occupata del tema, limitando di conseguenza l'indagine alla ricostruzione specifica dei tratti unificanti dei diversi istituti che consentono di individuare - alla radice degli stessi - una matrice comune e giustificano pertanto la loro esposizione unitaria.

tanto la *sedes materiae* della nostra tematica, si collocano nell'ultima parte del quarto commentario del manuale istituzionale (dedicato - come ben noto - alla materia delle *actiones*); subito dopo la diffusa trattazione relativa agli interdetti e alla procedura che ne deriva (§§ 138-170) e seguiti soltanto da alcune frammentarie considerazioni conclusive - peraltro isolate rispetto al contesto - sulle modalità di introduzione del giudizio mediante *in ius vocatio* (§§ 183-184) e *vadimonia* processuali (§§ 185-187). Tale circostanza - unitamente al carattere eterogeneo e appartenetemente disorganico dei paragrafi in esame - ha indotto buona parte degli autori che se ne sono occupati (più o meno incidentalmente) nell'ultimo secolo a disconoscere agli stessi una precisa rilevanza sistematica ed una vera e propria autonomia concettuale nell'economia complessiva del manuale gaiano. Per la loro collocazione al termine dell'opera e per la varietà dei contenuti negli stessi considerati, i rilievi di Gaio in ordine alla repressione della temerarietà delle parti all'interno del processo sono apparsi in altri termini come una semplice «appendice» della trattazione istituzionale relativa alle azioni, la quale risulterebbe d'altro canto già definita e concettualmente conclusa - nella sua organicità - con la precedente esposizione relativa agli interdetti¹¹. Ciò anche in coerenza con la verosimile sistemazione della medesima materia in seno alla struttura dell'editto pretorio come consolidatosi nella sua forma definitiva¹². In questa porzio-

¹¹ In questi termini si esprime in modo particolare R. BONINI, *Il titolo «de poena temere litigantium»*, cit., pp. 27 ss., il quale esclude in radice l'autonomo rilievo dei paragrafi in oggetto ed attribuisce agli stessi il generico valore di una rassegna d'istituti con funzione residuale, così che qualsiasi tentativo di individuare una relazione tra questi ultimi e i precedenti paragrafi del manuale istituzionale si risolverebbe in una «mera congettura» priva di fondamento nella sistematica dell'opera. Per le stesse ragioni, dovrebbe inoltre riconoscersi che un'autonoma consapevolezza per la riduzione della litigiosità temeraria quale specifico obiettivo di politica processuale sarebbe emersa soltanto in epoca postclassica per effetto delle riforme processuali introdotte da Giustiniano, le quali troverebbero un immediato riflesso nell'omonimo titolo delle Istituzioni imperiali (*Inst.*, 4.16 - *De poenae temere litigantium*). Nel senso della qualificazione dei paragrafi conclusivi delle Istituzioni di Gaio quali «ultime appendici sulla *calumnia*, sulla *in ius vocatio* e sui *vadimonia*» si era già espresso - anni prima - F. BONIFACIO, *In quod ad actiones pertinet*, in *Studi Betti*, II, 1962, p. 110, nt. 30 (analogamente in *Corso*, p. 77, nt. 22). Più di recente, l'opinione è stata riproposta e parzialmente condivisa da E. BIANCHI, *la temerarietà*, cit., p. 244, il quale giunge tuttavia a conclusioni meno rigorose quanto all'importanza della sintesi gaiana.

¹² O. LENEL, *Edictum Perpetuum, Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig, 1883, 2. Ed., pp. 452 ss., secondo la cui ricostruzione i titoli dell'editto dedicati agli interdetti avrebbero seguito direttamente quelli sulla cosa giudicata e preceduto quelli relativi alle eccezioni e alle stipulazioni pretorie. Sulle vicende che potrebbero aver condotto alla definizione dell'ordine edittole secondo la struttura comunemente accettata può rinviarsi all'ormai classico contributo di A. GUARINO, *La formazione dell'editto perpetuo*, in *A.N.R.W.*, II, 13 (1980), pp. 62 ss. Per alcune considerazioni critiche volte a «riaprire la questione» della struttura dell'editto e dell'ordine dei suoi contenuti si veda C. GIACHI, *Storia dell'editto e struttura del processo in età pre-adrianea. Un'ipotesi di lavoro*, in *Processo civile*

ne appendicolare della sua opera istituzionale, di conseguenza, Gaio si limiterebbe a riunire e a trattare congiuntamente (ma in una forma rapsodica) una serie di istituti e di rimedi processuali di cui non ha avuto modo di occuparsi in maniera specifica nelle pagine precedenti, senza tuttavia che da questa trattazione congiunta e formalmente unitaria possa ricavarsi la volontà di ricondurre i medesimi istituti a una comune matrice giuridico-concettuale, la quale si sarebbe delineata in modo specifico e consapevole solo per effetto delle trasformazioni del processo nel diritto postclassico¹³.

A rafforzare quest'opinione tradizionale nel senso della residualità e dell'incoerenza sistematica del resoconto gaiano sembra del resto contribuire - a livello testuale - la stessa struttura e organizzazione interna dei passi istituzionali in cui esso si sviluppa. Ad un'indagine esteriore della sua impostazione e dei suoi contenuti, in effetti, la rapida trattazione dedicata da Gaio alla repressione processuale della litigiosità temeraria - oltre che sommaria ed assai superficiale rispetto ad altri luoghi dello stesso manuale - può apparire confusa e marcatamente disorganica. Non solo i diversi istituti che ne formano l'oggetto risultano tra loro estremamente eterogenei, ma la presentazione degli stessi nel discorso istituzionale sembra avvenire secondo uno schema espositivo tutt'altro che perspicuo. Dopo aver descritto sommariamente i rimedi processuali volti a colpire la resistenza in giudizio del convenuto temerario con sanzioni pecuniarie appositamente stabilite (§ 171) il giurista prosegue infatti (senza apparente soluzione di continuità con le precedenti osservazioni) illustrando l'applicazione

e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico, Atti del convegno interazionale di Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001, in L.E.D., Torino, 2002, pp. 1-17.

¹³ Si veda ancora R. BONINI, *op. cit.*, p. 41: “*Benché anche nel manuale classico siano indicati rimedi preventivi e prescindenti dalla temeritas, soltanto nelle Istituzioni giustinianee il quadro sembra nettamente orientato nel senso della prevenzione delle liti e al tempo stesso dell'irrelevanza a certi effetti del contegno delle parti*”. Muovendo dalle trancianti considerazioni di quest'ultimo autore, C. BUZZACCHI osserva analogamente come dalla lettura degli ultimi paragrafi delle Istituzioni classiche si avverta in qualche modo la “*sensazione che, quando inizia a trattare delle sanzioni processuali, Gaio abbia già terminato nella sostanza l'esposizione relativa al processo con la materia degli interdetti [...]*” e che “*la caratteristica più immediata di tutti questi strumenti consiste proprio nella loro eterogeneità [...] dunque ad una prima osservazione, il quadro gaiano appare caotico ed incoerente*”. Un giudizio almeno in parte meno tranciante circa il valore della trattazione gaiana delle *poenae temere litigantium* sembra invece emergere (seppur isolatamente) dall'opera di C. GIOFFREDI, *Aspetti della sistematica gaiana*, in *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma, 198, p. 260, secondo il quale gli ultimi paragrafi della trattazione istituzionale costituirebbero - quanto meno indirettamente - “*quasi uno spunto sociale di politica legislativo-processuale*”. Similmente, ancorché con considerazioni più caute quanto alla coerenza sistematica della sintesi gaiana, anche E. BIANCHI, *La temerarietà nelle Istituzioni di Gaio*, cit., pp. 243 ss., e specialmente le pp. 245 e 311.

del rimedio «religioso» del giuramento processuale nei confronti della medesima parte (§ 172), per poi tornare ad occuparsi della repressione pecuniaria dell'infondata resistenza in giudizio con specifico riferimento a determinate tipologie di azioni giudiziarie (§ 173). Nei paragrafi successivi (§§ 174-181), i rimedi processuali descritti vengono invece presentati nella diversa ottica di chi agisce in giudizio, trattando indistintamente delle azioni esperibili contro l'attore che abbia agito ingiustamente (ancora una volta dirette ad una sanzione pecuniaria) e delle applicazioni allo stesso del giuramento processuale, senza tuttavia riproporre a questo proposito la distinzione formulata con riguardo al convenuto e articolando piuttosto la trattazione dei singoli rimedi a seconda dell'atteggiamento soggettivo manifestato dall'attore e rappresentato dalla *calunnia*. Nel paragrafo con cui si conclude la trattazione in esame, infine, Gaio si occupa dell'applicazione - in taluni processi - di una sanzione processuale apparentemente estranea alla logica di tutte quelle precedentemente descritte (in quanto basata sull'elemento etico-sociale della rispettabilità delle persone), vale a dire dell'*ignominia* (o *infamia*) che poteva derivare alla parte soccombente dalla condanna in determinati giudizi, nonché delle sue conseguenze sulle liti successive. Né tra le diverse tipologie di rimedi in tal modo rappresentati sembra sussistere un collegamento immediato e facilmente individuabile in termini di regime processuale agli stessi applicabile, dal momento che ciascuna delle sanzioni in questa sede descritte risulta soggetta a regole proprie e si inserisce in un differente momento della vicenda del processo: il confronto tra le parti dinanzi al pretore nel caso del giuramento processuale; la determinazione della condanna nel caso delle sanzioni pecuniarie contro la parte risultata soccombente; l'applicazione di una separata ed autonoma nota censoria limitativa della capacità giuridica (e processuale) della parte nell'ipotesi - ancora diversa - dell'*infamia* collegata alla condanna.

3. Unità e coerenza del discorso gaiano: una guida alla (ri)lettura di Gai. 4, 171-182

Ad uno sguardo più attento e storicamente smaltizzato - libero come tale sia dai condizionamenti di una critica puramente testuale che da quelli di un confronto diretto con le Istituzioni di Giustiniano - questa lettura riduttiva dei passi gaiani quale

semplice accostamento residuale di rimedi ed istituti più o meno incoerenti non può tuttavia che apparire largamente insoddisfacente¹⁴. Nonostante l'evidente problematicità della testimonianza gaiana e l'eterogeneità dei contenuti al suo interno riproposti, in effetti, è sufficiente procedere poco al di sotto della superficie del testo per rendersi conto che dietro l'apparenza di un discorso frammentario e puramente alluvionale si cela a ben guardare uno schema espositivo precisamente congegnato. Ciò emerge da una serie di indizi - di varia natura e rilevanza esegetica - che non solo testimoniano l'effettiva complessità del resoconto istituzionale, ma più ancora appaiono sintomatici della volontà del giurista di condurre in quella sede una trattazione unitaria e concettualmente consapevole; ben distante dalla pura e semplice giustapposizione residuale di problemi ed argomenti che potrebbe apparire da una prima e superficiale lettura dei paragrafi in esame¹⁵. Il che impone - se non altro - una nuova e più approfondita disamina e ricostruzione degli stessi volta a metterne in luce la coerenza interna e l'omogeneità funzionale, in modo tale da giungere - in ultima analisi - ad una migliore comprensione del loro significato e della loro importanza nel quadro complessivo della trattazione istituzionale sul processo formulare.

3.1. Coerenza formale e lessicale

L'esistenza di un'implicita - ma pur sempre riconoscibile - omogeneità interna alla trattazione di Gaio sulle sanzioni processuali dei litiganti temerari sembra in-

¹⁴ Di tale insoddisfazione sembra farsi consapevolmente portavoce in particolare C. BUZZACCHI, *Sanzioni processuali nelle Istituzioni di Gaio*, cit., p. 58, la quale, pur prendendo atto dell'innegabile imperscrutabilità e stratificazione del resoconto gaiano, vi riconosce i presupposti di una valutazione più complessa, rifiutando di conseguenza la sua generica riduzione ad un discorso vuoto e intrinsecamente disorganico: "Eppure dalla lettura sistematica del brano, sembra emergere l'intima coerenza dei contenuti, e per questa via, una prospettiva storica finora trascurata che, se accolta, seppure come ipotesi, può mostrare come non sia del tutto corretta l'impressione che si tratti di una semplice appendice della costruzione gaiana del processo formulare". Analoghe considerazioni in E. BIANCHI, *La temerarietà*, cit., p. 245, ove si allude alla possibilità di individuare una connessione - sia pur "assai evanescente" - tra le diverse parti del discorso gaiano nella prospettiva di una loro "comprensione unitaria".

¹⁵ Ad una ricostruzione semplicistica dell'ultima parte del manuale gaiano quale semplice appendice della trattazione istituzionale si esprime su queste basi anche G. FALCONE, *Appunti sul IV Commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino, 2003, pp.141 ss., il quale giudica "non condivisibile" la tesi tradizionale della residualità dell'esposizione ivi contenuta non solo in quanto essa appare "[...] smentita dall'ampiezza e dallo spettro complessivo del discorso", ma prima ancora in quanto i dati testuali ricavabili dal contesto imporrebbero di riconoscere che l'esposizione precedente relativa agli interdetti non conclude il panorama contenutistico del testo istituzionale e che nei paragrafi in esame il discorso proseguirebbe di conseguenza "con ambiti narrativi altrettanto rilevanti".

nanzitutto trasparire dalla sua dimensione prettamente formale, ed in particolare dalle scelte terminologiche adottate nel testo e da una certa continuità stilistico-narrativa tra le sue singole parti. Al fine di esaminare più nel dettaglio le ragioni che hanno indotto in questa sede ad argomentare in tal senso, è opportuno riprodurre fin d'ora - in forma integrale - i passaggi del manuale classico dei quali ci si occupa¹⁶:

[171] [.] *pecuniaria poena modo iurisiurandi religione <coer>cen* [.]. *Eaque praetor* [.] *ideo* [.] *adversus in<fitiantes ex quibusdam> causis dupli actio constituitur, uelut si iudicati aut depensi aut damni iniuriae aut legatorum per damnationem relictorum nomine agitur. Ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, velut de pecunia certa credita et pecunia constituta, sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae vero pecuniae partis dimidia.* [172] *Quod si neque sponsionis neque dupli actionis periculum ei, cum quo agitur, iniungatur ac ne statim quidem ab initio pluris quam simpli sit actio, permittit praetor iusiurandum exigere NON CALVMNIAE CAVSA INFITIAS IRE. Unde quamuis heredes vel qui heredum loco habentur* [.] *obligati sint, item feminae pupillique ex<iman>t<ur> periculo sponsionis, iubet tamen eos i<u>rare.* [173] *Statim autem ab initio pluris quam simpli actio est velut furti manifesti quadrupli, nec manifesti dupli, concepti et obliti tripli: nam ex his causis et aliis quibusdam, sive quis neget sive fateatur, pluris quam simpli est actio.* [174] *Actoris quoque calumnia coercetur modo calumniae iudicio, modo contrario, modo iureiurando, modo restipulatione.* [175] *Et quidem calumniae iudicium adversus omnes actiones locum habet et est decimae partis, <praeterquam quod> adversus adsertorem tertiae partis est.* [176] *Liberum est autem ei, cum quo agitur, aut calumniae iudicium opponere aut iusiurandum exigere NON CALVMNIAE CAVSA AGERE.* [177] *Contrarium autem iudicium ex certis causis constitui<tur>, velut si iniuriarum agatur et si cum muliere eo nomine agatur, quod dic<a>tur ventris nomine in possessionem missa dolo malo ad alium possessionem transtulisse, et si quis eo nomine agat, quod di-*

¹⁶ Per la ricostruzione del Palimpsesto veronese nelle parti che interessano la presente trattazione si è fatto riferimento - sia in questa sede che nelle pagine successive - alla ben nota edizione del manuale gaiano a cura di KRÜGER e STUEMUND, *Gai Institutiones secundum Codicis Veronensis Apographum Studemundianum et reliquias in Aegypto repertas*, 2. Ed., Berlin, 1923, posto che su quest'ultima edizione risultano basate - pressoché esclusivamente - anche le osservazioni (di cui si è tenuto conto nel presente lavoro) degli autori che più di recente si sono occupati della tematica in esame.

cat se a praetore in possessionem missum ab alio quo admissum non esse. Sed adversus iniuriarum quidem actionem decimae partis datur, adversus vero duas istas quintae. [178] Severior autem coercitio est per contrarium iudicium. Nam calumniae iudicio X partis nemo damnatur nisi qui intellegit non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituit potiusque ex iudicis errore vel iniquitate victoriam sperat quam ex causa veritatis. Calumnia enim in adfectu est, sicut furti crimen. Contrario vero iudicio omni modo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet aliqua opinione inductus crediderit se recte agere. [179] Utique autem ex quibus causis contrario iudicio agi potest, etiam calumniae iudicium locum habet; sed alterutro tantum iudicio agere permittitur. qua ratione si iusiurandum de calumnia exactum fuerit, quemadmodum calumniae iudicium non datur, ita et contrarium non dari debet. [180]. Restipulationis quoque poena ex certis causis fieri solet; et quemadmodum contrario iudicio omni modo condemnatur actor, si causam non tenuerit, nec requiritur, an scierit non recte se agere, ita etiam restipulationis poena omni modo damnatur actor, si vincere non potuerit. [181] Qui autem restipulationis poenam patitur, ei neque calumniae iudicium opponitur neque iurisiurandi religio iniungitur; nam contrarium iudicium ex his causis locum non habere palam est. [182] Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, velut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, item pro socio, fidei iuramentum, tutelae, mandati, depositi. Sed furti aut vi <bonorum> raptorum aut iniuriarum non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti, ut in edicto praetoris scriptum est; et recte. Plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit. Nec tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus sit, sed qui prohibetur et pro alio postulare <et co>gn<i>to rem dare procuratoremue habere, item <pro>curatorio aut cogni<to>rio nomine iudicio interuenire, ignominiosus esse <dicitur>.

Da uno sguardo sinottico sui paragrafi in esame si percepisce in effetti come gli stessi non rappresentino dei frammenti isolati e tra di loro indipendenti, quanto piuttosto le componenti distinte ma reciprocamente correlate di unico discorso, la cui sostanziale unitarietà deve pertanto ricostruirsi - sotto il profilo testuale - a partire dagli elementi che istituiscono una connessione tra le sue varie componenti e consentono di inquadrarle in un'ottica comune. Tale compito è reso nella pratica notevolmente

più complesso dalla significativa lacuna che caratterizza la parte iniziale della trattazione gaiana¹⁷, la quale preclude una conoscenza diretta del suo *incipit* formale e di ricostruire con precisione e sicurezza i rapporti tra il medesimo ed i precedenti paragrafi dell'esposizione istituzionale (specie per quanto riguarda la presunta conclusione della disamina sul processo con la materia degli interdetti). Cionondimeno, può immaginarsi che nella parte mancante del paragrafo introduttivo Gaio si preoccupasse di presentare ai discenti la nuova tematica e di inquadrarla sommariamente in una prospettiva unitaria, fornendo in tal modo - come si conviene ad un testo didattico di carattere elementare - una chiave di lettura per quanto possibile comune (e in quanto tale unitaria) dei diversi e variegati istituti successivamente esaminati.

Una conferma indiretta nel senso dell'attendibilità di tale ricostruzione sembra del resto derivare dagli stessi frammenti ancora leggibili del brano pervenutoci, i quali suggeriscono - pur nella loro estrema ed incompiuta brevità - che il discorso introduttivo dell'esposizione gaiana risulta disposto secondo uno schema narrativo precisamente organizzato. È infatti sufficiente ripercorrere i punti di raccordo tra i singoli paragrafi del testo istituzionale per rendersi conto che essi appaiono coordinati - gli uni con gli altri - da specifiche parole e locuzioni ben studiate, dirette a stabilire precise connessioni tra i diversi elementi in cui si articola il discorso. Ciò è manifesto - ad uno sguardo sufficientemente approfondito - fin dalle prime battute della narrazione istituzionale. Del § 171, con il quale si apriva l'esposizione in oggetto, non residua che qualche frammento isolato delle proposizioni iniziali (per il resto largamente compromesse), seguito da una testimonianza almeno in parte più completa delle proposizioni successive. Quanto si è conservato del manoscritto originario (al netto delle lacune che ne interrompono la forma) permette tuttavia di intuire - quanto

¹⁷ Nel codice veronese rimangono in particolare illeggibili le prime tre righe del paragrafo 171 ed alcuni frammenti dei passaggi successivi, oltre ad una porzione ben più corposa del paragrafo precedente - pari all'incirca a 36 righe - in cui si concludeva verosimilmente la trattazione degli interdetti (la quale appare in effetti visibilmente troncata con un isolato accenno agli *interdicta secundaria*). Di tale estesiva lacuna del manoscritto pervenutoci sono state proposte nel corso tempo molteplici integrazioni, le quali differiscono in modo particolare con riguardo alle proposte di ricostruzione esegetica dei passaggi mancanti. Per più ampi riferimenti alle differenti versioni del testo in esame e alle osservazioni al riguardo della critica testuale può rinviarsi in sintesi a V. ARANGIO-RUIZ, A. GUARINO, *Breviarium Iuris Romani*, p. 191, ntt. 1 e 2, nonché - per alcune annotazioni circa le versioni alternative di singoli vocaboli - a G. VIGNALI, *Corpo del diritto: Istituzioni*, Napoli, 1857, pp. 706 ss., *passim*.

meno indirettamente - come nella prima parte dello stesso paragrafo si collocasse con ogni probabilità una premessa introduttiva di carattere generale volta a segnare lo stacco rispetto ai temi precedenti e a qualificare unitariamente la trattazione successiva. In questo senso sembra deporre innanzitutto - per quanto orfana delle sue prime parole - la locuzione «[...] *pecuniaria poena modo iurisiurandi religione*» che si incontra subito dopo la consistente lacuna delle righe introduttive: la genericità di tale espressione e il suo carattere marcatamente alternativo (messo in luce dalla congiunzione correlativa «*modo...modo*» tra i due termini utilizzati) suggeriscono infatti che per mezzo di essa la materia in esame venisse presentata in un'ottica generale e di facile lettura, fornendo una prima e comprensiva classificazione di tutti i rimedi successivamente trattati nei rimanenti paragrafi (i quali vengono quindi ricondotti - nel loro complesso - alla dicotomia fondamentale tra sanzioni pecuniarie e sanzioni religiose basate sul giuramento). Un'impostazione didascalica e genericamente classificatoria che ritorna del resto - subito dopo - anche nella presentazione dei singoli rimedi assicurati dal pretore nelle forme dell'editto («*Eaque praetor [...] ideo in edicto*»), i quali appaiono rappresentati come un'ulteriore specificazione della classificazione generale delle medesime sanzioni ed in stretta correlazione con la dicotomia di fondo (tra sanzioni pecuniarie e giuramento processuale) in essa stabilita. Ad ulteriore conferma che l'esposizione dedicata da Gaio al trattamento processuale dei litiganti temerari manifestasse in verità - se non altro per quanto concerne la sua porzione introduttiva - un'impostazione *lato sensu* sistematica e tutt'altro che alluvionale. Non deve pertanto stupire che - secondo la ricostruzione comunemente accettata dei passaggi mancanti del manuale di Gaio¹⁸ - le lacune che caratterizzano l'*incipit* della trattazione in esame possano essere agevolmente integrate attraverso i corrispondenti paragrafi delle Istituzioni giustinianee (*Inst.*, 4.16.1-2). Al pari dell'intuibile apertura

¹⁸ In assenza di più precise indicazioni testuali immediatamente ricavabili dal manoscritto veronese, l'attendibilità di tale ricostruzione (nella ricordata edizione di KRUGER E STUDEMUND) è pacificamente accettata - sia pur con un livello di adesione più o meno condizionato - da tutti gli autori che hanno voluto cimentarsi in un'esegesi del testo: R. BONINI, *Il titolo «de poena temere litigantium» (4,16) delle Istituzioni giustinianee*, cit., pp. 27 ss.; C. BUZZACCHI, *Sanzioni processuali nelle Istituzioni di Gaio*, cit., p. 58; A. CENTOLA, *La disciplina della condotta vessatoria delle parti nel processo romano*, cit., p. 38; A.M. GIOMARO, *La scelta del mezzo giudiziale in caso di temerarietà della lite*, cit., p. 131, la quale precisa in particolare che «la problematica lettura della parte iniziale del testo, cui facilmente si supplisce con il confronto iniziale del titolo 4.16.1 delle Istituzioni di Giustiniano [...], non lascia comunque dubbi circa il contenuto essenziale del discorso»; A. AGUDO RUIZ, *Las sanciones al litigante temerario en les Instituciones de Gayo*, op. cit., p. 5.

del discorso gaiano, questi ultimi principiano infatti - sotto la comune ed eloquente rubrica «*poenae temere litigantium*» - con una generale presentazione dei rimedi in esame e con la loro suddivisione in due categorie a seconda della natura (pecuniaria o religiosa) delle sanzioni processuali ad essi collegate, le quali vengono introdotte in forma alternativa dalla congiunzione *modo* ed accostate ad una terza forma di repressione processuale della *temeritas* delle parti (apparentemente assente nella dicotomia classica) rappresentata dal deterrente sociale costituito dall'infamia (*metu infamiae*)¹⁹.

Iust. Inst., Tit. 16 - *De poena temere Litigantium*

Nunc admonendi sumus, magnam curam egisse eos qui iura sustinebant, ne facile homines ad litigandum procederent: quod et nobis studio est. idque eo maxime fieri potest, quod temeritas tam agentium quam eorum cum quibus agitur, modo pecuniaria poena, modo iurisiurandi religione, modo metu infamiae coercetur [...].

A tale classificazione introduttiva della tematica affrontata succede poi - nel manuale imperiale - la descrizione più approfondita dei singoli rimedi nella stessa ricompresi, la quale corrisponde a grandi linee, pur con gli inevitabili adeguamenti alle novità introdotte nel diritto postclassico, a quella effettuata da Gaio nei paragrafi centrali della sua trattazione: anche nelle Istituzioni di Giustiniano, l'elencazione dei rimedi diretti alla repressione della litigiosità temeraria si apre così con le sanzioni processuali nei confronti del convenuto che abbia resistito ingiustamente; siano esse collegate alla prestazione di un giuramento di agire per il giusto (il cui fondamento è tuttavia individuato in una costituzione imperiale) ovvero ad un incremento della condanna pecuniaria in caso di soccombenza (*adversus infitiantes*); con la stessa precisazione, già effettuata nel testo gaiano, per cui tale rimedio non trova applicazione alle azioni nel multiplo fin dal principio (§ 1 - prima parte). Esattamente come nell'opera di Gaio,

¹⁹ Per quanto la lacunosità localizzata del manuale classico impedisca di stabilire con certezza se la medesima locuzione comparisse, accanto alle rimanenti espressioni, anche all'interno dell'elencazione gaiana, non vi è dubbio che anche il giurista antoniano riconducesse l'infamia alla medesima tematica trattata in questa sede, posto che lo stesso se ne occupa diffusamente accanto agli altri rimedi (§ 182) e lo fa nella medesima prospettiva con cui presenta gli stessi. È quindi tutt'altro che inverosimile (specie alla luce delle parole mancanti dopo la dicotomia iniziale tra sanzioni religiose e pena pecuniaria) che a tale istituto venisse fatto richiamo anche in sede introduttiva. Per più ampi riferimenti alla tematica dell'*infamia* e alla sua collocazione nel quadro complessivo delle sanzioni rivolte ai litiganti temerari, si rinvia fin d'ora all'esame specifico di tale sanzione nei successivi paragrafi del presente capitolo.

l'attenzione dell'indagine si trasferisce poi sul versante dell'attore, rispetto al quale vengono ricordate le garanzie connesse al giuramento di calunnia - che questi e i difensori delle parti erano in ogni caso chiamati a prestare - e si evidenzia come esse si siano sostituite (sulla scorta di apposite costituzioni imperiali) ai più risalenti rimedi fondati sulla *calumnia* nell'accezione dei *veteres* (§ 1 - seconda parte); una testimonianza indiretta della trasformazione subita da questo concetto nel diritto postclassico rispetto all'accezione tecnica con cui lo stesso era impiegato nel processo formulare²⁰

La descrizione imperiale delle *poenae temere litigantium* si conclude infine - al pari del discorso gaiano - con un breve accenno (quasi residuale) al tema dell'*ignominia* (§ 2), rispetto al quale il manuale postclassico sembra in effetti riprodurre pressoché letteralmente il modello fornito dalle Istituzioni veronesi, salve soltanto - ancora una volta - le limitate modifiche rese indispensabili dalle trasformazioni giuridiche nel frattempo intervenute, le quali si riducono tra l'altro - in quest'ultimo caso - ad una notevole estensione delle tipologie di giudizi alle quali il rimedio è dichiarato applicabile ed alla contestuale soppressione dei riferimenti all'Editto. Un'ulteriore conferma nel senso della sostanziale continuità tra il manuale giustiniano e l'opera istituzionale gaiana con particolare riferimento agli istituti in esame può da ultimo ricavarsi dalla esposizione didascalica dei contenuti della prima nei corrispondenti paragrafi della Parafrasi di Teofilo. Nel commentare il Titolo XVI delle Istituzioni imperiali (*De poena temere litigantium*), infatti, il parafraste bizantino non solo riconduce l'obiettivo processuale di *celeris ac temerarios ad judicia decursus inhibere* - prima ancora che alla volontà dell'imperatore - all'opera dei *veteres* (*qui iura nobis constituerunt*), ma ripercorre i singoli istituti a tal fine predisposti nella legislazione imperiale nel medesimo ordine in cui essi comparivano nelle Istituzioni gaiane, riconducendo tra l'altro - in modo esplicito - alla medesima materia anche la sanzione di origine pretoria della nota di infamia (la cui collocazione nell'opera gaiana appare, come si è visto, almeno in parte più incerta). La spiegazione dei relativi paragrafi del

²⁰ Sulle differenze tra la nozione classica di *calumnia* e il suo corrispondente nel diritto giustiniano si tornerà più ampiamente in seguito trattando nello specifico dei rimedi processuali indicati da Gaio nei confronti di coloro che agissero o resistessero in giudizio *calumniae causa* (§ 4.1.2). Per il momento sia sufficiente osservare come sia proprio nel mutamento di tale istituto in epoca postclassica che deve verosimilmente ricercarsi la radice dell'emersione - nel diritto giustiniano - di un regime di condanna alle spese processuali analogo a quello che caratterizza oggi gli ordinamenti processuali moderni. Per una traccia di tale processo nelle fonti tardo-antiche si veda ad es. C.Th. 10.8.5.: Impp. Theod. Et Val.

testo istituzionale si presenta in questo senso come una ricostruzione delle modifiche e delle innovazioni introdotte dalla legislazione imperiale rispetto agli istituti già presenti nel diritto dei classici, il quale appare pertanto senza alcun dubbio come la base di partenza (già definita nel suo nucleo essenziale) dell'opera giustinianea.²¹

Considerata l'analoga struttura dei due testi istituzionali e le ulteriori indicazioni nel senso del sostanziale parallelismo tra gli istituti descritti, non sembrano pertanto residuare ragioni onde escludere che un *incipit* simile a quello contenuto nel manuale giustiniano fosse già presente (sia pur in una forma testuale potenzialmente diversa) anche in apertura del discorso gaiano, il quale doveva quindi presentare - sin dalle battute introduttive - un'impostazione concettuale altrettanto sintetica e un'analoga ambizione di ricostruire la materia in forma organica e coerente²². Nella medesima direzione di identificare in questa parte della trattazione istituzionale un «cappello introduttivo» di carattere didascalico (preliminare ad un discorso descrittivo e sostanzialmente unitario) sembra del resto deporre - sul piano terminologico - anche la circostanza che alcune delle espressioni impiegate da Giustiniano (e verosimilmente già presenti nel manuale classico²³) compaiano - con la medesima accezione - anche in

²¹ Un'ulteriore conferma nel senso della sostanziale continuità tra il manuale giustiniano e l'opera istituzionale gaiana con particolare riferimento agli istituti in esame può infine ricavarsi dalla esposizione didascalica dei contenuti della prima nei corrispondenti paragrafi della Parafrasi di Teofilo. Per il testo dell'edizione latina della parafrasi teofilina si è fatto riferimento a G.O. REITZI, *Thophilii Paraphrasis Justiniani Institutiones*, Amsterdam, 1860, p. 425 s.

²² Inverosimile - nonostante la significativa continuità fra i due testi istituzionali - appare invece che nella prima parte della trattazione gaiana comparisse esattamente la locuzione "*temeritas*" che risulta impiegata in *Inst.* 4,16, posto che la stessa espressione (o le varianti della stessa) non compaiono in alcun altro luogo del manuale classico e risultano tendenzialmente estranee al lessico oggettivante del giurista antoniniano. In questo senso si rinvia - tra l'altro - alle considerazioni di C. BUZZACCHI, *Sanzioni processuali*, cit., p. 59 e nt. 23, nonché a P. ZANZUCCHI, *Vocabolario delle Istituzioni di Gaio*, Torino, 1961, p. 118. Nel manuale classico - a ben vedere - la radice del sostantivo *temeritas* compare unicamente nella forma avverbiale *temere*, sotto la quale essa ritorna tuttavia in diversi luoghi e con molteplici accezioni: *Gai.* II, 33 (*Quod autem diximus usumfructum in iure cessionem tantum recipere, non est temere dictum*); II, 163 ([...] *ita etiam si temere damnosam hereditatem susceperint, praetor succurrit*); III, 222 (*Si quis servo convicium fecerit vel pugno eum percusserit, non proponitur ulla formula nec temere petenti datur*); IV, 13 (*Sacramenti actio generalis erat [...] qua periclitatur reus, si temere neget, et restipulationem, qua periclitatur actor, si non debitum petat*). Per le emersioni del termine in altri luoghi della produzione gaiana cfr. C. SALVO, *Lessico di Gaio*, Napoli, 1985, p. 254. Si osservi da ultimo che all'interno del Digesto, il sostantivo *temeritas* si registra un'unica volta in D. 48.16.1.pr. (*Marc. Lib. sing. ad SC Turpillianum*) con riferimento alla repressione delle condotte calunnatorie - o altrimenti scorrette - poste in essere dalle parti di un processo criminale.

²³ Al riguardo si rileva invero, tra le diverse ricostruzioni del manuale gaiano, una certa discordanza di opinioni: nel senso della verosimile classicità dell'esordio giustiniano si esprimono - tra gli altri - P. HUSCHKE, *Iurisprudentiae Antejustinianae quae supersunt*, Lipsiae, 1886, p. 404 e più di recente V.

ulteriori luoghi della produzione gaiana. È questo il caso - innanzitutto ed in modo particolare - dell'eloquente locuzione "*Nunc admonendi sumus [...]*" con la quale si apre, come si è visto, la trattazione giustiniana delle *poenae temere litigantium*. All'interno delle Istituzioni di Gaio, tale espressione compare infatti - nei medesimi termini o con lievi variazioni - ogniqualvolta lo sviluppo del discorso in relazione a un istituto o ad un aspetto dello stesso imponga di definirne più precisamente la portata o di tracciare una distinzione tra i suoi molteplici profili²⁴. Non solo, quindi, essa indica - in numerose occasioni - l'intenzione dell'autore di articolare il discorso in ulteriori partizioni con funzione descrittiva, ma rende manifesto - in una certa misura - anche l'inquadramento dello stesso in un contesto più generale, rispetto al quale le singole distinzioni di volta in volta tratteggiate si configurano come aspetti particolari di un argomento più estensivo. Si consideri inoltre che, lungi dal manifestare quell'isolamento residuale che buona parte della dottrina ha per lungo tempo voluto attribuirle, la porzione in esame del manuale gaiano appare collocabile - sulla base di una serie di indizi testuali - in una relazione coerente e strutturalmente significativa anche coi paragrafi della trattazione istituzionale che la precedono e che la seguono. Quanto al rapporto con la porzione dell'opera immediatamente antecedente, dedicata come si è visto alla materia degli interdetti, le stesse parole comunemente additate a dimostrazione che con questo argomento la descrizione del processo si avviasse rapidamente verso la sua conclusione²⁵, sembrano invero suggerire che in questa specifica sede l'autore si preoccupasse piuttosto di segnare uno stacco rispetto ai temi precedenti e di introdurre un argomento diverso sia pur con questi in qualche misura connesso. Come evidenziato ad altri fini da Giuseppe Falcone in un'acuta raccolta di

ARANGIO RUIZ - A. GUARINO, *Breviarium Iuris Romani*, cit., p. 191; Una variante alternativa del testo che esclude la presenza originaria della porzione introduttiva è suggerita invece da P. KRÜGER - STUDEMUND, *Gai Institutiones*, cit., ntt. p. 199. In mancanza di indicazioni testuali di carattere ostativo ed in ragione della familiarità delle espressioni in esame con il lessico gaiano, tuttavia, non sembrano esservi motivazioni sufficienti per escludere soltanto in questa parte la simmetria tra i due testi.

²⁴ Per limitarsi ai passaggi del manuale gaiano in cui la locuzione in parola (o espressioni simili) appare manifestarsi nella funzione indicata, possono in questa sede richiamarsi - tra gli altri - i seguenti: *Gai.* 1.141; 2.27; 2.80; 2.206, 3.56; 3.163; 4.82, 4.110; 4.136; 4.169. La medesima espressione ritorna inoltre - al di fuori del perimetro dell'opera istituzionale - anche in D. 12.2.31 (*Gai.* 30 *ad Ed. prov.*): "*Admonendi sumus interdum etiam post iusiurandum exactum permitti constitutionibus principum ex integro causam agere, si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usus sit [...]*".

²⁵ In questo senso - per tutti - R. BONINI, *Il titolo «de poena temere litigantium»*, cit., p. 27.

spunti sul manuale gaiano²⁶, la locuzione “*Superest ut dispiciamus [...]*” con la quale si apre la porzione dell’opera relativa agli interdetti (§ 138) si trova infatti comunemente impiegata - negli altri luoghi della trattazione istituzionale in cui essa compare²⁷ - in funzione di raccordo tra il discorso precedente che con essa si conclude e le considerazioni successive sulla medesima tematica ovvero su profili concettualmente collegati, vale a dire allo scopo di “[...] *avvertire che si sta aprendo un’esposizione che, pur avendo una propria autonomia, fa parte di un più ampio ed unitario svolgimento tematico del quale essa costituisce l’ultima sezione: conclusa questa, la trattazione prosegue con ambiti narrativi altrettanto rilevanti*”.²⁸ In questo senso, come osserva il medesimo autore, alle parole “*Superest ut de interdictis dispiciamus*” poste ad apertura del § 138 del IV Commentario non va pertanto attribuita la generica funzione di terminare l’esposizione relativa al processo con la materia degli interdetti, ma quella di inquadrare quest’ultima in un percorso espositivo coerente con il contenuto dei paragrafi precedenti (dedicati alle *partes formularum*) e di quelli successivi (ovvero appunto dei §§ 171-182 sulle sanzioni dei litiganti temerari), i quali non possono di conseguenza qualificarsi alla stregua di un semplice aggregato di istituti eterogenei, ma devono piuttosto valutarsi come integrazione e necessario completamento delle tematiche antecedenti ed essere considerati - in quanto tali - “*altrettanto rilevanti nell’economia [complessiva] dell’insegnamento*” istituzionale.²⁹

Per quanto concerne i rapporti tra la trattazione in esame e i paragrafi immediatamente successivi del IV Commentario (§§ 183-187), analogamente, può osservarsi che la locuzione “*In summa sciendum est [...]*” dalla quale questi ultimi risultano introdotti si trova quasi sempre impiegata - nel lessico istituzionale di Gaio - allo scopo di collegare tra loro differenti porzioni di un discorso complesso, o meglio di evidenziare il passaggio conclusivo da una tematica esaurita ad un’altra che deve sì considerarsi munita di una propria autonomia ma che risulta al tempo stesso collaterale alla pri-

²⁶ G. FALCONE, *Appunti sul IV Commentario delle Istituzioni di Gaio*, cit., specialmente pp. 141 ss.

²⁷ L’espressione si ritrova, tra l’altro, in Gai. 1.116 (ove si conclude l’esposizione sulle *personae alieno iuri subiectae* iniziato al § 49 e viene introdotto il successivo tema delle forme e dei modi della loro manomissione), in Gai. 4.1 (ove apre il quarto commentario dedicato al processo e al tempo stesso conclude la tripartizione generale in *personae, res et actiones*) ed in Gai. 4.114 (che tratta della tematica della *satisfactio post iudicium* ed è seguito dalla disamina delle eccezioni processuali, la quale rappresenta evidentemente una tematica a se stante ma a sua volta collegata alla *conceptio* formulare).

²⁸ G. FALCONE, *Ibidem*, p. 142.

²⁹ *Ibidem*, p. 143.

ma³⁰. Il che, unitamente alla circostanza che la materia della *in ius vocatio* e dei *va-dimonia* che ne forma l'oggetto appaia trattata pressoché esclusivamente in prospettiva sanzionatoria, sembra evidenziare uno stretto collegamento con l'impostazione e il contenuto dei paragrafi precedenti, i quali appaiono pertanto - anche in questa prospettiva - strutturalmente e funzionalmente integrati nell'impianto complessivo del discorso istituzionale.³¹ Mentre nella ricostruzione tradizionale (e ancora oggi prevalente) i paragrafi conclusivi sull'introduzione del giudizio appaiono isolati dalla restante trattazione e rispetto a quest'ultima logicamente indipendenti³², in altri termini, il tentativo di metterli in relazione con quelli relativi alla litigiosità temeraria sembra rendere manifesto un certo livello di continuità espositiva, lasciando intuire come essi si integrino invero in una comune prospettiva e come si renda pertanto opportuna - sul piano metodologico - una loro ricostruzione il più possibile unitaria.³³

3.2. Coerenza strutturale ed espositiva

È tuttavia sotto il profilo della struttura e dell'articolazione interna che la trattazione istituzionale relativa alle pene dei litiganti temerari sembra manifestare più apertamente un'impostazione coerente ed un'indole unitaria. Nonostante l'apparenza del discorso gaiano sia quella di un'elencazione alluvionale e prettamente discorsiva, in cui i singoli istituti vengono semplicemente accostati gli uni con gli altri in virtù

³⁰ Come la precedente, anche l'espressione in esame si manifesta (oltre che nella sede e nella forma indicate) in diversi altri luoghi del manuale istituzionale: Gai. 1.47 (*In summa sciendum est, quod lege Aelia Sentia cautum sit, ut creditorum fraudandorum causa manumissi liberi non fiant, hoc etiam ad peregrinos pertinere*); Gai. 1. 141 (*In summa admonendi sumus adversus eos quos in mancipio habemus*); Gai. 2.96 (*In summa sciendum est his, qui in potestate manu mancipiove sunt, nihil in iure cedi posse*); Gai. 3.162 (*In summa sciendum est, quotiens faciendum aliquid gratis dederim, quo nomine si mercedem statuisssem, locatio et conductio contraheretur, mandati esse actionem, veluti si fulloni polienda curandave vestimenta dederim aut sarcinatori sarcienda*); Gai. 3.208 (*In summa sciendum est quaesitum esse, an impubes rem alienam amovendo furtum faciat*). In tutte queste ipotesi, al pari che nell'ultima porzione del IV Commentario, le parole in esame indicano il passaggio ad un argomento nuovo ma in qualche modo connesso con quello concluso nei precedenti paragrafi.

³¹ In questo senso, si rinvia - ancora una volta - a G. FALCONE, *op.cit.*, pp. 144 ss.

³² Oltre a R. BONINI, *Il titolo "de poena temere litigantium"*, cit., p. 40, si esprimono in questo senso V. ARANGIO RUIZ - A. GUARINO, *Breviarium*, cit., p. 22, nonché - tra gli autori che sono tornati più di recente sulla stessa tematica (e che pure per altri versi hanno rivalutato l'inquadramento sistematico dei paragrafi in esame) - C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo*, cit., p. 22; E. BIANCHI, *La temerarietà*, cit., p. 239 e D.A. CENTOLA, *Alcune osservazioni in tema di calunnia*, cit., pp. 180 ss.

³³ In questa prospettiva, si rinvia fin d'ora alle considerazioni svolte nel prossimo Capitolo quanto alle forme di repressione delle condotte ostative o disfunzionali delle parti in sede di introduzione del giudizio. Ulteriori osservazioni in tal senso emergeranno inoltre - incidentalmente - dai capitoli successivi.

della loro comune riconducibilità a una funzione repressiva degli abusi processuali³⁴, è infatti sufficiente concentrare l'attenzione sull'andamento complessivo dei paragrafi in esame onde rilevare come essi appaiano in verità sostenuti da una solida impalcatura narrativa. Non soltanto l'esposizione si presenta a ben vedere tutt'altro che ondivaga o asistemica (quale dovrebbe invece risultare laddove fosse effettivamente ispirata da una logica puramente sequenziale), ma lascia trasparire una geometria e un'organizzazione interna non trascurabili che fanno da sfondo all'intero discorso e forniscono al lettore delle «linee guida» onde coglierne il significato ad un livello più approfondito. Il tutto a beneficio delle finalità didattiche per mezzo di esso perseguite.

Un primo indizio nel senso di un'impostazione strutturalmente consapevole del discorso gaiano sembra invero discendere dalla sua stessa introduzione (come ricostruibile - nel senso suddetto - sulla scorta degli analoghi paragrafi delle Istituzioni giustinianee), posto che in quest'ultima il giurista antoniniano sembra voler inquadrare l'intera trattazione successiva dei singoli rimedi all'interno di una generale tripartizione a seconda delle possibili conseguenze dagli stessi derivanti nei confronti delle parti: l'irrogazione di una sanzione in denaro all'esito del giudizio (*pecuniaria poena*), le implicazioni religiose della prestazione di un giuramento (*iuris iurandi religione*) o le conseguenze giuridiche e sociali collegate all'*infamia*.³⁵ Tale suddivisione dei rimedi in base alla differente natura delle loro implicazioni torna in effetti a manifestarsi lungo l'intero corso dei paragrafi successivi, nei quali i riferimenti alle conseguenze pecuniarie delle condotte delle parti si alternano costantemente (seppur

³⁴ In questo senso rimane del resto orientata, come si è per altro verso avuto modo di osservare, la ricostruzione dei paragrafi in oggetto nella dottrina prevalente. Emblematico al riguardo è - ancora una volta - il recente ed approfondito giudizio di C. BUZZACCHI, *Sanzioni processuali*, cit., p. 60, secondo la quale "l'assenza di un intento sistematicizzante" dei paragrafi gaiani risulterebbe di tutta evidenza e l'ordine i singoli istituti appaiono esposti all'interno degli stessi impedirebbe "di scorgere le linee di una mappa narrativa" che guida ed organizza il discorso. Va tuttavia rilevato che - in un altro contributo dedicato all'esame di questa porzione del manuale gaiano (ID., *Abuso del processo*, cit., p. 27 ss.) - la medesima autrice sembra ridimensionare notevolmente il rigoroso giudizio espresso in questi termini, rivendicando al discorso un'"intima coerenza interna" sotto il profilo dei contenuti e proponendosi "di approfondire le ragioni della sequenza logica proposta da Gaio" nei paragrafi in esame.

³⁵ Tra gli altri, evidenziano in modo specifico la rilevanza dell'iniziale inquadramento degli istituti descritti in base alla loro natura e al loro campo di applicazione A.D. CENTOLA, *La disciplina della condotta vessatoria delle parti*, cit., p. 39 e C. SERANGELI, *C. 7,16,31 e le sanzioni contro il litigante temerario*, cit., p. 209: "[...] Gaio esplicitamente afferma che la calumnia era repressa «modo pecuniaria poena modo iuris iurandi religione», con ciò chiaramente indicando che diversi istituti da esso descritti nel seguito del testo dovevano distinguersi in via essenziale sotto il profilo del piano sul quale essi erano destinati ad operare destinati ad operare [...]".

- all'apparenza - senza un ordine preciso) a quelli di carattere religioso relativi alla prestazione di un giuramento all'interno del processo: natura pecuniaria hanno innanzitutto le implicazioni della condanna aggravata nei confronti del convenuto nelle azioni descritte al § 171 (*actio in duplum adversus infitiantes; sponsio tertiae et dimidia partis*), ma anche quelle dei giudizi nei confronti dell'attore di cui si tratta al § 175 (*iudicium calumniae, iudicium contrarium e restipulationes*). Al piano religioso del giuramento fanno invece capo - come Gaio non manca di evidenziare espressamente in entrambe le ipotesi - sia il *iusiurandum* «*non calumniae causa infitias ire*» prestato dal convenuto che quello «*non calumniae causa agere*» eventualmente preteso dall'attore, i quali appaiono peraltro presentati - rispettivamente al § 172 e al § 176 - in aperta contrapposizione rispetto ai rimedi di natura pecuniaria precedentemente descritti³⁶. Il «terzo polo» dell'iniziale tricotomia, rappresentato dal *metus infamiae* - dal canto suo - occupa l'intero § 182 con il quale si chiude la trattazione in esame, e trova giustificazione della sua autonoma trattazione, oltre che nella circostanza di riguardare indifferentemente sia attore che il convenuto, nel fatto di poter essere disposto su iniziativa del pretore sulla base di un apposito editto.

Accanto al descritto criterio narrativo collegato alla differente natura dei rimedi presentati (che potrebbe in questo senso definirsi «obiettivo»), a governare l'esposizione gaiana delle sanzioni contro i litiganti temerari appare poi intervenire un secondo criterio di natura soggettiva, incentrato cioè sulla diversa posizione della parte processuale a cui il rimedio si rivolge. Tale criterio, che è apparso ai più come l'asse portante dell'intero discorso³⁷, sembra anzi dominare l'intera porzione centrale della

³⁶ Non appare in tal senso convincente l'annotazione di C. BUZZACCHI, *Abuso del processo*, cit., p. 27 per cui il criterio basato sulla natura giuridica o religiosa della sanzione si applicherebbe con sicurezza «*solamente alla trattazione relativa al convenuto*», posto che un'analoga classificazione di natura funzionale appare facilmente ricavabile - pur nella diversità dell'ordine seguito - anche dalla porzione del discorso dedicata all'attore. A differenza di quanto sostiene l'autrice, non appare in particolare determinante la circostanza che la classificazione introduttiva dei rimedi nei confronti dell'attore (*Actoris quoque calumnia coercetur modo calumniae iudicio, modo contrario, modo iureiurando, modo restipulatione*) non corrisponda testualmente a quella iniziale relativa al convenuto, posto che il diverso ordine in cui compaiono gli istituti e il differente punto di partenza costituito dalla *calumnia* non sembrano poter oscurare l'evidenza per cui un elemento portante della classificazione dei rimedi rimanga - anche in questo caso - la natura giuridica della sanzione applicabile. Sul punto si tornerà *infra*, più nel dettaglio, occupandosi in modo approfondito dei singoli rimedi elencati nel testo.

³⁷ L'impressione che l'esposizione gaiana sia guidata primariamente da un criterio soggettivo è riportata - tra gli altri - da A.M. GIOMARO, *La scelta del mezzo giudiziale*, cit., pp. 131 ss.

trattazione in oggetto, al punto da sostituirsi a quello fondato sulla natura del rimedio (pur esplicitamente dichiarato in apertura) come fondamentale linea di demarcazione tra gli istituti descritti. Dopo la parentesi introduttiva che si è sopra ricostruita, la trattazione dei singoli rimedi operanti nel processo si apre in effetti con la descrizione specifica delle diverse sanzioni (pecuniarie e religiose) applicabili convenuto, le quali vengono poi presentate avendo riguardo - in modo particolare - alle varie tipologie di azioni ovvero di giudizi entro le quali esse operano (*ex quibusdam causis* [...]). Alla posizione del convenuto che resista nel giudizio vengono così ricondotti - quali possibili conseguenze del suo agire processuale - tre gruppi distinti di meccanismi sanzionatori: l'azione per il doppio in caso di resistenza (*actio in duplum adversus infitiantes*), la condanna aggravata in seguito alla promessa di una somma di denaro in sede processuale (*sponsio tertiae aut dimidia partis*) e il giuramento processuale di non resistere ingiustamente (*iusiurandum ne calumniae causa infitias ire*), salvo poi precisare che in alcuni giudizi caratterizzati fin dal principio da una condanna nel multiplo (*duplum* o *quadruplum*) le medesime sanzioni non trovano applicazione.

L'attenzione si sposta quindi - in modo specifico - sulla prospettiva dell'attore (*"Actoris quoque calumnia coercetur"*), la quale viene del pari ricostruita - più che in ragione della natura pecuniaria o religiosa delle sanzioni applicabili - sulla scorta delle tipologie di giudizi entro le quali esse operano: al *iudicium calumniae* (nel decimo o nel quarto) quale rimedio applicabile nella generalità dei giudizi (§ 175) si affiancano così - con efficacia delimitata a certe tipologie di giudizi specificamente individuati - il *iudicium contrarium* (§ 177) e l'eventuale *restipulatio* pretesa dall'attore in sede processuale (§180). Ad entrambi i rimedi così individuati viene infine accostato - con un ambito applicativo a sua volta generale - il rimedio derivante dalla eventuale prestazione - a carico dell'attore - del giuramento *se non calumniae causa agere* (§ 176).

Al pari di quello incentrato sulla natura della sanzione applicabile, tuttavia, nemmeno il criterio soggettivo che si è appena richiamato appare adattarsi con rigore e precisione alla totalità dei passaggi del resoconto gaiano. Per quanto quest'ultimo risulti formalmente suddiviso in due parti dedicate rispettivamente alla posizione del convenuto (§§ 171-173) ed a quella dell'attore (§§ 174-181), esso tende anzi a discostarsi in più di un'occasione dallo schema di fondo in tal modo tratteggiato per seguire

piuttosto dei criteri alternativi e - sulla scorta di questi - una distinta ed autonoma linea narrativa. Nella sezione relativa alle sanzioni del convenuto, così, il generale riferimento iniziale alla varietà dei rimedi avverso gli *infittiantes* cede ben presto il passo - sul piano argomentativo - a una sequenza espositiva che si concentra piuttosto sull'entità del rischio in cui incorre il convenuto rispetto ai singoli rimedi, la quale diviene da quel punto in avanti l'autentico principio ordinatore delle considerazioni relative agli istituti trattati. L'elemento del *periculum* connaturato al processo dal punto di vista di chi resiste - tematica tutt'altro nuova all'opera gaiana³⁸ - costituisce in tal senso l'elemento unificante delle sanzioni pecuniarie di cui al § 171 con il giuramento processuale di cui al paragrafo successivo, e il riferimento allo stesso sembra condizionare - se non altro in negativo - anche la trattazione successiva relativa alle azioni rispetto alle quali i rimedi descritti non trovano applicazione (§ 173). Sul versante dei rimedi che si rivolgono all'attore - analogamente - la trattazione contenuta nel manuale istituzionale, pur aprendosi con una considerazione di portata generale che accomuna le diverse sanzioni in quanto destinate ad un medesimo soggetto (§ 174), prosegue nei paragrafi successivi con una rappresentazione degli stessi incentrata piuttosto sull'elemento portante della *calumnia actoris*, intesa genericamente - come emerge con chiarezza già da un'analisi superficiale dei paragrafi in oggetto - quale connotazione dolosa del comportamento di chi agisce. Se si osserva la sequenza dei paragrafi in cui vengono descritti i rimedi esperibili nei confronti dell'attore, infatti, risulta evidente che questi ultimi non sono disposti secondo l'ordine inizialmente proposto - in parallelo con la sequenza relativa al convenuto - e incentrato sulla tipologia delle sanzioni di volta in volta previste, bensì sulla base del diverso parametro rappresentato dalla necessità processuale di reprimere il contegno dell'attore *qui intellegit non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia* (Gai. 4.178), vale a dire con la consapevolezza (e la volontà) di far valere nel processo una pretesa in-

³⁸ Sul ruolo del *periculum* nella retorica gaiana e sulle sue ulteriori emersioni in altri luoghi del manuale istituzionale si veda E. BIANCHI, *La temerarietà nelle Istituzioni di Gaio*, cit., pp. 246 ss., ove si rileva in particolare il significativo ricorso alla medesima nozione in relazione alla tematica della procedura interdittale di cui Gaio si occupa nei paragrafi immediatamente precedenti (§§ 161-170). Considerazioni analoghe in G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, cit., p. 145 ss., il quale trae spunto dal riferimento in questa sede alla nozione di *periculum* per argomentare nel senso di un "taglio cautelare" che caratterizzerebbe l'intera porzione conclusiva del manuale gaiano.

fondata³⁹: sia il giudizio di calunnia (§ 175), che il giuramento processuale *non calumniae causa agere* (§ 176), che - del pari - il cosiddetto giudizio contrario (§ 177) vengono così rappresentati in funzione specifica della loro correlazione - più o meno diretta - con l'accertamento giudiziale della coscienza attrice di non agire correttamente, nella quale viene poi individuata - ai successivi §§ 178 e 179 - l'elemento qualificante del raffronto tra il campo di applicazione del giudizio di calunnia e del giudizio contrario quali strumenti rimediali tendenzialmente alternativi. Sempre in ragione del più o meno diretta rilevanza della calunnia processuale appaiono inoltre giustificarsi - nel resoconto gaiano - le differenti conseguenze sanzionatorie di ciascuno dei richiamati meccanismi, le quali si presentano in tal senso - più che alla stregua di un criterio ordinatore dei singoli rimedi - come un'implicazione del loro diverso rapporto con l'elemento soggettivo del «dolo processuale». Strumentale alla calunnia si presenta da ultimo anche il riferimento alla pena convenzionale della contro-stipulazione a carico dell'attore (§§ 180-181), a sua volta rappresentata - per questa ragione - in stretta correlazione con i rimedi descritti nei paragrafi precedenti come direttamente o indirettamente strumentali alla repressione della prima.

3.3. Coerenza sistematica: la continuità funzionale tra i rimedi descritti

Da quanto fino ad ora sommariamente rappresentato, emerge dunque con relativa chiarezza come la ricostruzione dell'unità e della coerenza interna del discorso gaiano sulla litigiosità temeraria (che pure appare intuibile alla luce dei molteplici indizi sopra evidenziati) non possa basarsi su di un criterio puramente formale quale la collocazione degli istituti descritti o il loro ordine espositivo, ma debba piuttosto ricercarsi in una prospettiva differente e ontologicamente alternativa. Ciò che può avvenire piuttosto agevolmente reimpostando e sviluppando l'indagine, anziché come ricerca di un'omogeneità strutturale evidentemente non presente, quale ricostruzione dei singoli contenuti del discorso gaiano dal punto di vista tematico e «funzio-

³⁹ Nondimeno, appare sproporzionato e non del tutto convincente il rilievo di C. BUZZACCHI (*Abuso del processo*, cit., p. 28) secondo il quale il contegno soggettivo della parte che fungerebbe da criterio portante dell'intera trattazione relativa all'attore non sarebbe invece «mai menzionato a proposito del convenuto», essendo al contrario manifesto che un richiamo per lo meno indiretto al medesimo criterio - e così alla dimensione soggettiva della condotta delle parti - emerge se non altro nel riferimento alla prestazione, da parte del convenuto, del giuramento processuale *non calumniae causa infitias ire*.

nale» del loro contenuto, vale a dire nell'ottica della comune finalità e giustificazione processuale degli istituti descritti. L'incoerenza sistematica e l'apparente ondivaghezza delle scelte espositive intraprese da Gaio appaiono infatti stemperarsi non appena si considerino i paragrafi in esame nella loro unità e nel loro sviluppo o andamento complessivo, rinunciando ad esaminare i passaggi del discorso (ed i singoli istituti) nella loro individualità o nel loro immediato rapporto con quelli precedenti e quelli successivi e ricercando piuttosto una prospettiva più ampia che tenti di collocarli nel quadro generale dell'esposizione didattica unitariamente considerata: valutandoli cioè - anziché come frammenti disgiunti di una sequenza di argomenti formalmente strutturata - nell'ottica funzionalistica dei loro rapporti reciproci rispetto alla tematica di fondo che forma l'oggetto specifico di questa parte del manuale.

Il tradizionale tentativo di ricercare una coerenza sistematica (nel senso moderno di una successione ordinata e coordinata di istituti opportunamente disposti) nel discorso gaiano sui litiganti temerari appare del resto - oltre che riduttivo e fuorviante degli ingenerosi giudizi nei riguardi di quest'ultimo - poco coerente con le caratteristiche di fondo dello stile del giurista e con la stessa impostazione metodologica della giurisprudenza romana, connotata come ben noto da un approccio casistico (e in quanto tale non lineare) alle fattispecie esaminate, che si riflette inevitabilmente anche nel carattere alluvionale e marcatamente asistematico delle modalità con cui le stesse vengono rappresentate e descritte nelle opere giuridiche⁴⁰. Al fine di valutare obiettivamente i contenuti della trattazione gaiana e di coglierne il significato storico in re-

⁴⁰ Con riguardo alle caratteristiche e alle modalità espressive della giurisprudenza romana in epoca classica non può che rinviarsi - per considerazioni più approfondite - a L. RAGGI, *Il metodo della giurisprudenza romana*, Torino, 2007, ove si evidenzia - tra le altre cose - come l'impostazione alluvionale ed apparentemente frammentaria dell'opera e dello stile dei giuristi classici sia in prevalenza il risultato del diffuso ricorso da parte di questi ultimi agli espedienti della topica e del ruolo centrale assunto di conseguenza - nella loro opera - dall'intuizione dialettica quale strumento argomentativo. Si noti inoltre che, come evidenziato dal medesimo autore in altri passaggi della citata monografia, tale connaturata inclinazione all'approccio casistico e alla costruzione topica del discorso giuridico si risolvano al tempo stesso in una percezione dell'esigenza «sistematica» profondamente diversa da quella moderna, per cui il sistema si risolve in sostanza - più che nella ricerca di categorie generali ed onnicomprensive - nell'ordine in cui si succedono nell'esposizione le diverse materie (Cfr. ancora L. RAGGI, *op. ult. cit.*, p. 57 e ss.). Nel senso della possibilità di ricostruire il discorso gaiano sui litiganti temerari - anziché in una prospettiva formalmente sistematica - nei termini di una progressiva "accumulazione per accostamento" dei differenti rimedi contro gli stessi operanti nel meccanismo processuale si esprime indirettamente anche A. AGUDO RUIZ, *Les sanciones al litigante temerario*, cit., p. 5.

lazione agli obiettivi della presente ricerca, si impone pertanto - in via preliminare - un mutamento di prospettiva: se la ricostruzione dei singoli istituti presentati da Gaio nell'ultima porzione del suo manuale non appare sufficiente ad evidenziare la continuità degli stessi rispetto al tema processuale in quella sede prospettato, occorre cioè muovere da quest'ultimo onde ricostruire - in senso contrario - il significato di quegli istituti nell'ottica comune in tal modo individuata, valutando quale ruolo assuma in concreto ogni singolo rimedio in quest'ottica funzionale e in quale rapporto lo stesso si collochi in relazione con gli altri nel perseguimento delle finalità processuali ad essi complessivamente attribuite. In questa prospettiva, assumeranno rilevanza non soltanto la struttura e le modalità di funzionamento dei singoli rimedi e meccanismi descritti (vale a dire il regime giuridico di ciascuno di essi individualmente considerato), ma anche e soprattutto - in chiave topica e retorica - l'ordine secondo il quale il giurista ha ritenuto di trattarli nel quadro complessivo dell'esposizione tratteggiata, la minore o maggiore insistenza con cui l'indagine si sofferma su ciascuno di essi, le possibili interazioni reciproche dei diversi rimedi nel loro concreto funzionamento, e così via, mentre passeranno almeno in parte in secondo piano i profili esteriori di natura sistematica (quali la tipologia del rimedio esaminato o la sua riconducibilità ad uno schema formale) ai quali si fino ad ora attribuita preminente rilevanza. Il tutto con l'obiettivo - e la ragionevole speranza - che il mutamento di paradigma in tal modo intrapreso, superando la rigida prospettiva di un'esposizione sistematica e prettamente didascalica, possa contribuire ad illuminare e riempire di significato la complessa architettura del discorso gaiano, fornendo una rinnovata e più efficace chiave di lettura dei suoi molteplici contenuti e mettendo di conseguenza in luce - ove esista - il suo intrinseco significato nel quadro complessivo dell'esposizione sul processo.⁴¹

⁴¹ L'esigenza di rivalutare il discorso gaiano in una prospettiva alternativa e funzionalmente orientata emerge del resto - in una certa misura - anche nel quadro della più recente ricerca condotta sul tema da C. BUZZACCHI (*Abuso del processo*, cit., spec. p. 28 e ss.). Una volta preso atto che l'obiettivo perseguito da Gaio nella sua esposizione appare relativamente chiaro ma che "molto meno semplice è scendere nelle interne linee portanti del discorso del giurista", l'autrice si risolve infatti ad abbandonare i tentativi di ricostruirne l'andamento secondo i criteri tradizionali per proporre una rilettura dello stesso alla luce della "possibile influenza dei IV *genera sponsionum* sulla sequenza logica del discorso", sul presupposto che alla base di ciascuno dei gruppi di rimedi esaminati in quella sede possa individuarsi un'azione caratterizzante che ne influenzerebbe indirettamente le forme e i contenuti. Tali azioni caratterizzanti corrisponderebbero appunto alla quadripartizione delle azioni processuali proposta dai *veteres* (e rielaborata da Gaio), nella quale potrebbe in tal modo individuarsi una più efficace "mappa narrativa" della trattazione al riguardo condotta nel manuale istituzionale, al punto che, se-

4. Unità e pluralismo degli istituti repressivi della litigiosità temeraria

L'intento specifico dei prossimi paragrafi - e con ciò della porzione residua del presente capitolo - sarà dunque una più dettagliata e analitica ricostruzione degli istituti processuali raccolti da Gaio nell'ultima parte del suo manuale, allo scopo di valutare - nella rinnovata prospettiva che si è appena tratteggiata - il possibile ruolo di ciascuno di essi (singolarmente considerato o in connessione con gli altri) rispetto alla realizzazione della finalità di repressione della litigiosità temeraria che appare rappresentarne l'elemento unificante sotto il profilo funzionale. Nella misura in cui la chiave di lettura dell'(altrimenti disorganico) resoconto gaiano sembra consistere nella comune riconducibilità degli istituti descritti alla disciplina del comportamento delle parti all'interno del processo - in altri termini - si impone in questa sede di ripercorrere l'esame istituzionale degli stessi istituti condotto nel manuale alla luce del presupposto di fondo in tal modo individuato, esaminando ciascuno dei rimedi presentati in funzione della sua incidenza (mediata o immediata) sulla condotta delle parti e tentando quindi di valutarne l'efficacia complessiva, in combinazione o in alternativa con gli altri, nel perseguire l'obiettivo comune che fa da sfondo all'indagine.

A questo scopo, il discorso che si ha intenzione di intraprendere dovrà necessariamente articolarsi in due momenti distinti: uno di carattere analitico e con finalità preparatoria, ed un altro successivo con funzione di sintesi. Nella prima fase, l'obiettivo fondamentale dell'indagine sarà quello di ricostruire la disciplina individuale dei diversi istituti esaminati da Gaio in questa parte dell'opera sotto lo specifico profilo della loro funzione all'interno del processo, identificando - per quanto possibile - il contenuto e le modalità operative di ciascuno di essi (sia alla luce dello stesso reso-

condo quanto si legge nella conclusione dell'autrice, *“se la congettura fosse fondata, la narrazione delle sanzioni contro il convenuto non parrebbe quindi né caotica né si presenterebbe come una mera appendice del manuale: essa potrebbe, viceversa, contribuire a conferire al IV libro una ricchezza di prospettiva storica”*, ridimensionando così *“le critiche di coloro che scorgevano in tali paragrafi soltanto un'arruffata esposizione aggiunta a commentario concettualmente concluso nella sua sostanza”*. Il che, a prescindere dalla condivisibilità o meno della ricostruzione proposta, appare sintomatico di come l'autrice abbia avvertito e fatto propria l'istanza di fondo (da cui si è mosso anche in questa sede) di riesaminare la trattazione gaiana sui litiganti temerari in un'ottica trasversale e più comprensiva.

conto gaiano che delle testimonianze ricavabili da altre fonti) e tentando quindi di metterne in luce - in modo particolare - la possibile incidenza sulla condotta delle parti in sede processuale. Conclusa questa indagine «individuale» dei singoli rimedi e dei loro possibili effetti sulla dinamica del giudizio, si tratterà poi di metterli in relazione - in chiave sintetica - gli uni con gli altri nell'ottica delle loro potenziali interazioni reciproche rispetto al concreto svolgimento dell'*iter* processuale, ossia di valutare - specie alla luce del modo in cui essi sono complessivamente rappresentati nel discorso gaiano - se ed in che misura la loro concorrenza o interazione reciproca contribuisca a definire un «sistema» oggettivamente identificabile, vale a dire un meccanismo funzionalmente orientato volto alla realizzazione di un obiettivo comune sotto il profilo processuale. Il che contribuirebbe ovviamente a giustificare a posteriori la loro trattazione congiunta nella presente ricerca e varrebbe a confermare - in prospettiva programmatica - l'ipotesi iniziale (da cui si sono prese le mosse in apertura del capitolo) secondo cui in tale funzione comune ai diversi istituti rappresentati in questa sede si rifletterebbe l'elemento unificante del discorso gaiano. Ciò non significa, evidentemente, che lo scopo e l'intendimento su cui si fonda l'indagine sia quello di «appiattare» la trattazione gaiana dei singoli rimedi sulla scorta della comune funzione repressiva della litigiosità temeraria che appare ad essi attribuibile. Al contrario: il riconoscimento della varietà e del pluralismo delle fattispecie processuali in quella sede esaminate si presenta (e dev'essere inteso) come un presupposto imprescindibile onde cogliere la valenza individuale di ciascuna di esse e le modalità operative che la distinguono dalle altre, identificando correttamente le diverse implicazioni processuali della condotta delle parti nella loro specificità formale e funzionale. Al tempo stesso, tuttavia, il pluralismo in tal modo ricostruito non appare riconducibile ad un generico accostamento di profili isolati e funzionalmente indipendenti, posto che al fondo di ciascun istituto esaminato - ed al netto degli elementi distintivi della sua disciplina - sembra emergere il tratto unificante che deriva dalla possibile incidenza del suo funzionamento sull'organizzazione della condotta delle parti all'interno del processo; ciò che consente - se non altro in astratto - di non arrestare lo sguardo alla ricostruzione puntuale delle molteplici figure che il manuale prospetta, ma di estendere l'indagine al di là delle stesse nel senso di una ricerca del loro sostrato comune, anche valutando come quest'ultimo abbia condizionato (o possa aver inciso) sulle scel-

te argomentative dell'autore in questa parte della trattazione istituzionale. Non più, dunque, puro e semplice riconoscimento passivo dell'eterogeneità (a tratti confusa) del discorso gaiano pure a fronte l'impostazione formalmente unitaria suggerita dalla sua collocazione all'interno del manuale, bensì ricerca attiva dell'unità funzionale ad esso sottintesa a prescindere dalla multiforme varietà dei suoi contenuti e dalla apparente disomogeneità della sequenza espositiva con cui sono rappresentati.

È tra l'altro comprensibile che la diversa impostazione metodologica così fatta propria dalla presente ricerca si rifletterà indirettamente anche in una differente struttura e articolazione interna dello schema espositivo, le cui suddivisioni non corrisponderanno tanto alla successione formale degli istituti trattati nella sintesi gaiana (come avviene in buona parte degli studi a quest'ultima dedicati), ma piuttosto all'esigenza di metterne in luce gli elementi condivisi ed i punti di contatto nell'ottica comune della funzione processuale dagli stessi perseguita; a prescindere, cioè, dall'obiettivo riconducibilità di ciascuna figura all'una o all'altra delle classificazioni formali ricavabili dal testo. In quest'ottica, gli argomenti relativi alle diverse sanzioni tratteggiate da Gaio nella sua trattazione saranno quindi raggruppati - anziché sulla base puramente soggettiva (della parte processuale a cui essi si rivolgono) o su quella puramente oggettiva (della connotazione pecuniaria o meno del rimedio interessato) - secondo un ordine diverso e almeno in parte più complesso, incentrato sulle concrete modalità operative dei rimedi esaminati e volto ad evidenziare - per quanto possibile - i loro reciproci collegamenti funzionali all'interno del processo, anche laddove dalla lettura del testo questi ultimi non risulterebbero altrettanto manifesti. Ad un gruppo di paragrafi dedicati a quei rimedi che colpiscono la parte con una sanzione pecuniaria collegata alla soccombenza - i quali saranno presentati in prospettiva unitaria a prescindere che si rivolgano all'attore o al convenuto (§ 4.1) - seguirà così un'analogha trattazione relativa a quelle sanzioni - a loro volta consistenti in una somma di denaro - che si collegano invece ad un'apposita convenzione stipulata tra le parti (§ 4.4), le quali verranno ancora una volta indagate - dal versante dell'attore come da quello del convenuto - sulla scorta della comune caratteristica di operatività processuale in tal modo evidenziata. L'indagine si sposterà quindi - sempre nell'ottica di un approccio ermeneutico di natura funzionale - sul versante dei rimedi e delle sanzioni processua-

li che si basano piuttosto sull'elemento «religioso» (e in questo senso pre-giuridico) della prestazione di un giuramento in sede processuale da parte di uno dei contendenti (§ 4.3), i cui effetti e le cui possibili conseguenze sugli sviluppi del giudizio saranno ricostruiti tenendo conto da un lato di quale parte deferisca (o rispettivamente presti) la dichiarazione giurata e per altro verso dei contenuti di quest'ultima, in modo tale da mettere in evidenza se e in che misura questa tipologia di rimedi si coordini con le sanzioni a contenuto prettamente pecuniario e contribuisca eventualmente ad integrarne gli effetti. Considerata la parziale incoerenza di siffatto istituto rispetto a quelli precedentemente trattati in questo luogo dell'opera e il fatto che Gaio stesso se ne occupi a ben vedere soltanto incidentalmente e a margine della trattazione dedicata alla litigiosità temeraria, si rinuncerà invece ad un esame specifico delle implicazioni processuali della nota di *infamia* (o di *ignominia* che dir si voglia) potenzialmente risultante a carico della parte che sia stata condannata in determinati giudizi, la cui compiuta ricostruzione sotto il profilo dogmatico richiederebbe del resto approfondite considerazioni di carattere sociologico (legate al valore della *fides* nell'esperienza romana) che trascendono evidentemente gli scopi del presente lavoro⁴². A conclusione della disamina così strutturata, si porrà infine un momento di chiusura dedicato alla sintesi dei risultati raggiunti e alla loro strumentalizzazione agli scopi della ricerca, con l'intento di coordinare le conclusioni raggiunte nei singoli paragrafi della precedente trattazione e di valutare come le stesse possano essere valorizzate in funzione dell'ipotesi di partenza in merito alla complessiva efficacia delle forme di controllo della condotta delle parti in vario modo operanti nel processo formulare.

4.1. Conseguenze patrimoniali delle condotte di parte disfunzionali al processo

Come già evidenziato in apertura del capitolo, subito dopo la lacunosa introduzione che si è sopra ricostruita in base all'opera di Giustiniano, la trattazione gaiana delle pene relative ai litiganti temerari incomincia con una classificazione schema-

⁴² Con riguardo alla tematica delle implicazioni giuridiche dell'*infamia* processuale e delle sue forme di repressione nel diritto pretorio ci si limita pertanto a rinviare alla più generale letteratura sul punto. Sull'*infamia* complessivamente considerata, si vedano in particolare A. MAZZACANE, s.v. "*infamia (dir. romano e intermedio)*", in *Enc. Dir.*, cit.; M. KASER, *Infamia und Ignominia in den römischen Rechtsquellen*, in *ZSS*, 73 (1956), p. 237 ss. e E. BIANCHI, *Appunti minimi in tema di 'infamia' dell'attore nel regime pretorio*, in *TSDP*, VI (2013), pp. 1-7 ss. (oltre all'ulteriore letteratura ivi richiamata).

tica delle medesime sanzioni a seconda che esse operino sul versante pecuniario ovvero su quello - al primo esplicitamente contrapposto - del sentimento religioso (*modo pecuniaria poena modo iurisiurandi religione*). Una volta enunciata in questi termini generali, tuttavia, la netta bipartizione così prospettata non solo non viene più esplicitamente richiamata all'interno del testo ma sembra rimanere del tutto sprovvista di riflessi immediati sull'andamento del discorso, posto che quest'ultimo appare dispiegarsi secondo criteri diversi (e all'apparenza incoerenti) e che il giurista non si preoccupa di precisare - volta per volta - quali dei rimedi successivamente descritti debbano essere ricondotti alla prima categoria e quali invece alla seconda. Con riguardo alle sanzioni di natura pecuniaria, in particolare, il discorso gaiano sembra attenersi al criterio di fondo annunciato in apertura soltanto in relazione ai rimedi processuali che si rivolgono al convenuto (parr. 171-173), rispetto ai quali il riferimento alle possibili conseguenze patrimoniali della condotta di parte all'interno del processo risulta in effetti manifesto (sotto forma di richiamo espresso al *periculum* economico di aumento della condanna per effetto dell'*infinitio*⁴³) e chiaramente contrapposto alle diverse implicazioni - di carattere sacrale - connesse al giuramento di *non calumniae causa infitias ire* eventualmente prestato dalla parte convenuta. Sul versante dell'attore - per converso - i richiami del giurista alle sanzioni pecuniarie si fanno disorganici ed assai più incoerenti, nel senso che il carattere patrimoniale dei rimedi descritti (quand'anche presente o implicitamente dimostrabile) non si manifesta con altrettanta chiarezza o priorità espositiva ma tende in qualche modo a scolorirsi ed a farsi trascurabile rispetto ad altri elementi o tratti distintivi dei rimedi presentati, fra cui in primo luogo (come si è avuto modo di osservare⁴⁴) la rilevanza assunta - nell'applicazione del rimedio - dell'atteggiamento soggettivo della parte sanzionata: nella porzione del discorso dedicata all'attore (parr. 174-181), il giudizio di calunnia viene così contrapposto al *iudicium contrarium* - come agli ulteriori rimedi

⁴³ Trattando nello specifico di tali rimedi nei successivi paragrafi ad essi dedicati, si vedrà peraltro come il collegamento dei medesimi con la tematica del *periculum* processuale e con le sue possibili implicazioni di natura patrimoniale possa spiegarsi - almeno in parte - sulla base della derivazione storica di tali sanzioni (e dei giudizi a cui esse si collegano) dallo schema processuale delle antiche *legis actiones* con funzione esecutiva, ed in particolare della peculiare commistione - propria di queste ultime - fra cognizione giudiziale della fondatezza della pretesa ed attuazione diretta della conseguente condanna nei confronti del convenuto. Al riguardo si rinvia in particolare al prossimo § 4.1.1.

⁴⁴ *Supra* § 3.2, p. 23 e ss.

della *restipulatio* e del giuramento attoreo di *non calumniae causa agere* - essenzialmente in funzione della coscienza colpevole di non agire correttamente per mezzo di esso specificamente sanzionata, la quale sembra in tal senso identificarsi con l'autentico elemento distintivo tra l'uno e l'altro dei rimedi presentati, mentre passa in secondo piano - pur senza sparire del tutto dai contenuti del discorso - il diverso profilo dell'incidenza o meno delle sanzioni esaminate sotto il profilo patrimoniale.⁴⁵ Anche volendo ricostruire congiuntamente i differenti rimedi in questa sede descritti in quanto appaiono connessi - più o meno direttamente - alla dimensione patrimoniale delle sanzioni pecuniarie, nulla sembra dunque consentire - quanto meno a prima vista - di individuare agevolmente una struttura condivisa alla radice degli stessi. Al di là del puro e semplice richiamo al carattere economico delle loro conseguenze, infatti, le sanzioni pecuniarie in questo modo ricondotte alla sfera dell'attore sembrano caratterizzarsi maggiormente per le loro differenze che per le loro analogie, assumendo nel resoconto gaiano una connotazione differente e tendenzialmente alternativa: l'una (la condanna pecuniaria nel giudizio di calunnia) quella caratteristica di un rimedio processuale contro l'atteggiamento doloso di chi agisce nel giudizio pur sapendo di aver torto; l'altra (ossia la conseguenza patrimoniale del *iudicium contrarium*) quella di un rimedio «oggettivo» che colpisce l'attore risultato soccombente, a prescindere dalla coscienza o incoscienza dello stesso in merito all'infondatezza della pretesa azionata. Né sembra possibile individuare ad un primo sguardo delle caratteristiche condivise che consentano di accomunare i due rimedi così contrapposti in rapporto alla diversa sanzione - pure a sua volta connotata in chiave pecuniaria - derivante dall'eventuale *restipulatio* prestata dell'attore all'interno del processo, la qua-

⁴⁵ L'elemento economico della sanzione pecuniaria e del conseguente aggravio di natura patrimoniale a carico della parte torna ad esempio a manifestarsi - seppur marginalmente - nel confronto tra il giudizio di calunnia ed il giudizio contrario sotto il profilo degli effetti, rispetto ai quali il testo istituzionale non manca di precisare che, mentre il primo può condurre a un'ulteriore condanna nel decimo o nel terzo del valore della lite, il secondo può invece darsi nelle misure alternative del decimo o del quinto, salvo poi riferire la maggiore gravità del *contrarium iudicium* pressoché esclusivamente al rilievo attribuito all'elemento soggettivo del dolo processuale (che sembra peraltro non incidere in alcun modo sulla diversa entità della condanna comminata). Quasi nulla appare invece l'attenzione dedicata dal giurista alla dimensione patrimoniale del rimedio alternativo della *restipulatio* (che pure negli effetti presenta senz'altro un'incidenza pecuniaria), rispetto al quale (diversamente da quanto avviene per la *sponsio* del convenuto) nemmeno viene precisato l'ammontare della somma promessa.

le sembra anzi collocarsi nel resoconto gaiano (par. 180) in una posizione incerta e relativamente ambigua quanto ai possibili rapporti con i rimedi precedenti.⁴⁶

Una volta preso atto che le considerazioni dedicate da Gaio alle sanzioni pecuniarie contro i litiganti temerari non sembrano rispondere ad uno schema coerente sotto il profilo formale, rimane tuttavia possibile ricercarne la logica o la coerenza interna in una diversa prospettiva, trascurando almeno in parte l'ordine oggettivo con cui vengono presentati i differenti rimedi per concentrarsi piuttosto - coerentemente con la scelta di fondo che si è sopra annunciata, sul loro modo di operare all'interno del processo e sulle diverse conseguenze di ciascuno di essi nei confronti delle parti. È infatti rinunciando a un'impostazione prettamente formalistica in favore di una lettura di matrice funzionale che questa particolare porzione del discorso gaiano sembra manifestare la coerenza interna che non emerge dal testo e che consente di attribuirle un significato più compiuto; sia in quanto in tale prospettiva diviene più facilmente riconoscibile il ruolo specifico dei singoli rimedi, sia perché essa consente di ricostruire con maggiore precisione il rapporto esistente tra i medesimi rimedi e gli altri istituti esaminati da Gaio nei rimanenti paragrafi della trattazione istituzionale. Se si guarda - congiuntamente - alle loro possibili conseguenze a carico delle parti e alle concrete modalità secondo le quali esse operano, le diverse sanzioni a contenuto pecuniario presentate nel testo sembrano potersi raggruppare - a prescindere dal fatto che si riferiscano all'attore ovvero al convenuto - in tre distinte specie o categorie «funzionali»: 1) da un parte, possono collocarsi quei rimedi - direttamente operanti nel giudizio pendente - che si risolvono in un incremento della condanna pecuniaria a carico della parte in ragione della condotta osservata dalla stessa nel corso del processo, come tipicamente avviene secondo il meccanismo che si avrà modo di approfondire - nell'ipotesi delle delle formule *in duplum adversus infitiantes* delle azioni litiscreascenti (il cui effetto principale consiste appunto in un raddoppiamento della

⁴⁶ Salvo un rinvio alla trattazione successiva per riferimenti più specifici, sia qui sufficiente osservare che in merito alla *poena restipulationis* nei confronti dell'attore il testo istituzionale, oltre ad affermare assai vagamente che essa era solita intervenire *ex certis causis*, si limita a tratteggiare in modo piuttosto generico i rapporti tra la stessa, il giudizio di calunnia ed il giudizio contrario, senza nulla precisare - tra le altre cose - quanto al suo concreto funzionamento all'interno del processo o ai suoi rapporti con lo strumento della *sponsio* di cui si era trattato nei paragrafi precedenti riguardanti al convenuto.

condanna a carico del convenuto che abbia ingiustamente resistito all'interno del processo); 2) in altri casi, la sanzione pecuniaria nei confronti della parte interviene invece in un secondo momento e al di fuori del processo in cui quest'ultima è coinvolta, operando piuttosto «a posteriori» attraverso l'instaurazione di un diverso e separato giudizio avente per oggetto la condotta della stessa in un procedimento già concluso: è questo il caso - con tutta evidenza - degli strumenti preposti alla repressione della *calumnia* nei confronti l'attore, vale a dire del giudizio *de calumnia* e del *iudicium contrarium* eventualmente promossi nei confronti di quest'ultimo dopo la sua soccombenza in un precedente giudizio, i quali possono condurre ad una sanzione in denaro di ammontare variabile commisurata a una frazione del valore della causa principale; 3) in altri casi ancora, infine, la sanzione pecuniaria si collega piuttosto alla promessa processuale di una delle parti di pagare all'avversario una somma di denaro laddove la propria condotta all'interno del processo si riveli scorretta, secondo il meccanismo delle stipulazioni processuali che accomuna in questo senso - sotto il profilo funzionale - tanto le *sponsiones* (del terzo o della metà) prestate dal convenuto nei confronti dell'attore quanto le *restipulationes* facenti capo a quest'ultimo e dallo stesso prestate a eventuale garanzia del proprio agire processuale.

Al tempo stesso, tuttavia, le prime due tra le categorie di sanzioni così individuate sembrano presentare - accanto alle innegabili differenze per quanto attiene ai destinatari e alle modalità operative - quanto meno un elemento in comune che consente di accostarle e di valutarle congiuntamente: la circostanza che - in entrambi le ipotesi - la conseguenza pecuniaria derivante dal processo a carico della parte si risolva essenzialmente in una condanna «aggiuntiva» - nei confronti di quest'ultima - volta a sanzionare il comportamento non corretto o funzionalmente distorto osservato nel giudizio. Certo nel caso delle azioni litis crescenti tale conseguenza patrimoniale si collega direttamente alla condanna del convenuto, mentre nei giudizi di calunnia nei confronti dell'attore lo stesso risultato si ottiene eventualmente soltanto all'esito di un ulteriore giudizio a parti invertite; ma in entrambe le ipotesi il meccanismo con cui si attua la repressione processuale della condotta scorretta è sostanzialmente lo stesso e consiste in un possibile aggravio degli effetti patrimoniali del processo a vantaggio dell'avversario; ciò che da luogo - in via coattiva - ad un livello supple-

mentare di sanzioni pecuniarie collegate alla decisione del giudizio rispetto a quello normalmente derivante dall'eventuale condanna del convenuto all'esito dello stesso. Più che contrapposte l'una con l'altra in quanto rivolte rispettivamente al convenuto e all'attore e in quanto operanti in giudizi distinti, tali categorie di sanzioni appaiono pertanto qualificate da un intento condiviso: imputare alla parte soccombente che abbia agito scorrettamente le implicazioni pecuniarie del giudizio pendente, in modo da tale da sanzionare a posteriori la sua condotta processuale e gli effetti sfavorevoli da essa prodotti quanto all'esito del giudizio, sia che ciò avvenga immediatamente attraverso la condanna della parte interessata nel medesimo processo, sia che si attui indirettamente in un separato giudizio. La contrapposizione più significativa ed autentica sotto il profilo funzionale sembra così rimanere quella tra i rimedi appartenenti a siffatta categoria e le sanzioni pecuniarie basate invece sulle promesse reciproche rese dalle parti nel corso del giudizio, le quali - avendo natura «convenzionale» anziché coattiva - hanno una base giuridica largamente differente e non possono che operare in via preventiva, condizionando a priori il comportamento delle parti all'interno del processo senza tuttavia incidere direttamente sul piano della condanna. Compiuto ed intento dei prossimi paragrafi sarà dunque quello di verificare il fondamento (e l'utilità) della classificazione funzionale così individuata sulla base delle informazioni della testimonianza gaiana, ricostruendo da un lato la disciplina specifica dei singoli rimedi in tal modo raggruppati e indagandone dall'altro peculiarità e somiglianze con riguardo al loro modo di operare all'interno del processo; specie allo scopo di mettere in luce - all'esito dell'indagine in tal modo condotta - le relazioni reciproche tra i diversi rimedi e così le loro possibili interazioni a livello processuale.

4.1.1. *Actiones quae infitiando crescunt in duplum: la pena dell'ingiusta resistenza*

Se la ricognizione istituzionale delle *poenae temere litigantium* incomincia, come si è visto, con l'elencazione delle sanzioni pecuniarie nei confronti del convenuto, quest'ultima si apre a sua volta con una precisa distinzione - nell'ambito delle stesse - tra due gruppi di situazioni esplicitamente contrapposte: quelle nelle quali il convenuto può ricevere una condanna nel doppio per la sua resistenza e quelle in cui lo stesso può essere chiamato a una *sponsio* processuale nei confronti dell'avversario.

Gai 4.171: [...] *modo pecuniaria poena modo iurisiurandi religione* [...] *eaque prae-
tor* [...] *ideo* [...] *adversus infitiantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur,
velut si iudicati aut depensi aut damni iniuriae aut legatorum per damnationem re-
lictorum nomine agitur. Ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, velut de
pecunia certa credita et pecunia constituta, sed certae quidem creditae pecuniae ter-
tiae partis, constitutae vero pecuniae partis dimidia* [...].

Da questo stralcio iniziale del resoconto gaiano si ricava agevolmente che la prima sanzione di natura pecuniaria che può colpire il convenuto per il suo comportamento all'interno del processo consiste in un meccanismo incrementale dell'ammontare della condanna in caso di resistenza alla pretesa azionata: in alcuni giudizi specificamente individuati (*ex quibusdam causis*), nei confronti del convenuto che si sia op-
posto in giudizio alla pretesa dell'attore (*adversus infitiantes*), si assiste ad un rad-
doppiamento della condanna pecuniaria normalmente prevista nei confronti del soc-
combente (*dupli actio constituitur*); ciò che può avvenire, secondo l'esemplificazione
effettuata dal giurista nello stesso paragrafo, specialmente nel caso dell'azione di
giudicato, in quello dell'azione per il *depensum*, nel giudizio per danno ingiusto ed in
quello volto a far valere in via contenziosa un legato *per damnationem* (*velut si iudi-
cati aut depensi aut damni iniuriae aut legatorum per damnationem relictorum no-
mine agitur*). Nelle medesime ipotesi, alla conseguenza dell'incremento della con-
danna in caso di resistenza, cui la dottrina romanistica si riferisce tradizionalmente
con il termine «litiscrescenza»⁴⁷, si ricollega così un corrispondente aggravio - a ca-

⁴⁷ L'espressione, che allude evidentemente all'eventualità che l'ammontare della condanna subisca un «accrescimento» per la resistenza del convenuto, si trova sovente impiegata nella letteratura processuale anche nella forma attributiva «azioni litiscrescenti», con la quale si è soliti riferirsi - in modo unitario - ai giudizi caratterizzati processualmente da siffatto meccanismo. Sia l'una che l'altra locuzione risultano cionondimeno estranee tanto al linguaggio della giurisprudenza classica quanto a quello della legislazione imperiale, pur apparendo indirettamente ricavabili - come talora si è suggerito - da alcuni passi del Digesto (in D. 12.2.30.pr. si legge ad esempio - con riguardo al giuramento prestato - che «*eum, qui iuravit ex ea actione quae infitiando crescit aliquid sibi deberi, simpli, non dupli persecutionem sibi acquirere Pedius ait*»; espressioni equivalenti compaiono anche in D. 5.3. 20.4 ed in Inst. 3.27.7; Sul punto può inoltre rinviarsi a J. PAOLI, *Lis infitiando crescit in duplum*, Paris, 1933; oggi anche in *Arch. Giur.*, CCXXVI, 1969, p. 27). Si osservi tra l'altro che, per quanto il riferimento a tale genere di azioni (e alla sua trattazione nel manuale gaiano) non sia infrequente nella letteratura romanistica, le relative ricerche appaiono nel complesso ben distanti da un approdo definitivo. Tra i più significativi contributi sul tema si possono ricordare, oltre alla già richiamata monogra-

rico del convenuto - degli effetti patrimoniali derivanti dal processo, in forza del quale egli sarà tenuto a sopportare non soltanto il normale onere della *condemnatio* pecuniaria per la sua soccombenza, ma anche un onere aggiuntivo (e di uguale ammontare) conseguente alla circostanza che tale soccombenza giunga all'esito di una vicenda processuale di natura contenziosa, ossia caratterizzata dalla scelta del convenuto di contrapporsi alla pretesa attrice e di far valere in giudizio la propria posizione. Enunciato il contenuto del rimedio e identificate le azioni in cui esso si estrinseca, la testimonianza gaiana (che qui come altrove è piuttosto laconica) non fornisce invece indicazioni più specifiche né con riguardo all'esatta definizione dei suoi presupposti, né in relazione al suo concreto funzionamento nella dinamica del processo. Mancano in particolare - dal succinto resoconto istituzionale - tanto una puntuale identificazione delle condotte del convenuto che possono condurre alla condanna nel doppio (genericamente individuate dalla pronuncia di questa *adversus infitiantes*), quanto - e soprattutto - un'esplicita enunciazione delle ragioni per cui la medesima condanna può trovare applicazione unicamente nell'ambito di determinati giudizi, da cui dipende evidentemente anche l'esatta comprensione del ruolo dell'istituto e dei motivi che ne giustificano la collocazione in questa parte specifica del manuale istituzionale. Determinante ai fini di un corretto inquadramento delle azioni litiscrecenti nel contesto del discorso gaiano (e così di una puntuale riconduzione delle stesse tra le sanzioni repressive della litigiosità temeraria) sarà pertanto la risposta ad un duplice interrogativo: da un lato, quali comportamenti processuali possano essere formalmente ricondotti alla nozione di *infinitio* facente capo al convenuto; dall'altro, in quali giudizi essa assuma rilevanza e quali elementi questi abbiano in comune al punto da giustificare un incremento della condanna a fronte dell'eventuale di resistenza posta in essere dalla parte. Fermo restando, come ben si comprende, che la risposta ad una delle domande in tal modo evidenziate potrà guidare e condizionare anche la com-

fia del Paoli, C. SELL, *Von den causis ex quibus infitiatione litiis crescit in duplum*, in *Jahrbücher für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechts*, 1843, II, pp. 50 ss.; A. RUDORFF, *Über die Litiscrescenz*, in *Zeitschrift für Geschichte und Rechtswissenschaft*, 1848; P. THOMAS, *La Condemnatio in simplum dans les actions quae crescunt in duplum adversus infitiantem*, in *Nouv. Rev. Histor.*, 1903, p. 579 ss.; E. BETTI, *L'effetto della "confessio" e della "infinitio certae pecuniae" nel processo civile romano*, in *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, L, 1914-1915, pp. 101 ss.; G. ROTONDI, *Litiscrescenza e Lex Aquilia*, in *Scritti giuridici* II, Milano, 1922, p. 413 ss.; nonché - più di recente - G. POLARA, *Gai 4.9: Alla radice del principio "adversus infitiantes in duplum agimus"*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, VI, Milano, 2007, pp. 195 ss.

prensione e i risultati dell'altra, dal momento che i profili del problema che le stesse riflettono (rispettivamente il contenuto soggettivo della condotta sanzionata e l'ambito oggettivo di applicazione del rimedio) risultano tra loro reciprocamente connessi.

4.1.1.2 *Forme e contenuti della resistenza processuale: l'infitiatio del convenuto*

Si è già evidenziato che, nel paragrafo dedicato alle sanzioni applicabili nei riguardi del convenuto, Gaio si riferisce genericamente alla condanna nel doppio delle azioni litis crescenti come a una conseguenza patrimoniale - a contenuto pecuniario - operante nel processo «*adversus infitiantes*».⁴⁸ «*Infitians*» è dunque il convenuto che - nelle azioni delle quali si tratta - può essere colpito dalla conseguenza negativa del raddoppio della condanna all'esito del giudizio, mentre «*infitiatio*» (ossia - in forma sostantivata - l'attività posta in essere dallo stesso soggetto) può definirsi la condotta tenuta dalla parte all'interno del processo che in questa maniera risulta sanzionata. Nulla viene invece precisato, come pure si è avuto modo di osservare, per quanto attiene ai contenuti o alle possibili manifestazioni della condotta in esame, cosicché la generica espressione impiegata nel testo si risolve di fatto nell'unico strumento concretamente utilizzabile onde identificare la condotta medesima. Il termine *infitiatio* - al pari dei suoi derivati in forma verbale ovvero aggettivata (rispettivamente *infitiari* o *infiteri* e l'attributo *infitians* nelle sue varie declinazioni), si trova impiegata - nelle fonti romane - principalmente in una doppia accezione: in un primo e più ampio significato, tali espressioni sembrano riferirsi - del tutto genericamente - alla negazione di un fatto o di altra circostanza giuridicamente rilevante a prescindere che ciò si verifichi in sede processuale oppure al di fuori di un giudizio

⁴⁸ La locuzione, pur non integralmente leggibile nel palinsesto veronese, può ragionevolmente ritenersi attendibile in virtù del suo reiterato impiego in altri luoghi del manuale sempre in rapporto alla condotta del convenuto nei giudizi dei quali si tratta: in Gai. II, 282 si legge ad esempio che *item si legatum per damnationem relictum heres infitietur, in duplum cum eo agitur*, mentre in Gai. III, 216 (riferito alla portata dell'*actio legis Aquiliae*) l'espressione compare nella medesima forma con la quale è impiegata nel quarto Commentario: *Qua et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est; sed id caveri non fuit necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret; nisi quod ea lege adversus infitiantem in duplum agitur*. In Gai. 4. 9 (noto passo sulle azioni «miste» sopra il quale si avrà occasione di tornare), il giurista si esprime infine nei medesimi termini con riguardo alle azioni dirette al contempo a una cosa e a una pena: *Rem vero et poenam persequimur velut ex his causis, ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus; quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae, aut legatorum nomine, quae per damnationem certa relictas sunt*.

pendente, avvicinandosi in tal senso per certi aspetti al significato - altrettanto generico - assunto talora dal verbo *negare* e dai suoi derivati (impiegati a loro volta - in certi luoghi delle fonti - per riferirsi alla generica contraddizione di un'affermazione altrui o al rifiuto di riconoscere giudizialmente o meno determinate circostanze⁴⁹). In D. 47.2.68.pr., trattando delle condizioni per la sussistenza del delitto di furto, Celso afferma così che a questo proposito non è sufficiente aver negato ingiustamente di aver ricevuto un deposito altrui, in quanto la negazione di per sé considerata non costituisce un illecito (*Infitiando depositum nemo facit furtum nec enim furtum est ipsa infitatio, licet prope furtum est*); L'*infinitio*, pertanto, lungi dall'assumere uno specifico significato a contenuto processuale, sembra risolversi nella semplice contestazione di un fatto o di un diritto affermato da altri, a cui peraltro non appare ricondotta in questi termini alcuna particolare conseguenza od effetto negativo a carico del soggetto da cui essa proviene.⁵⁰ In D. 46.7.16 (Ner. *Lib. 3 Membranorum*), analogamente, si legge che il fideiussore non può essere costretto alla negazione (*ad infinitationem compelli*) in un'azione di giudicato qualora egli si dimostri disponibile ad adempiere al suo obbligo senza bisogno di un processo; così che la nozione di *infinitio*, pur riferendosi in questo caso in modo specifico ad un contesto processuale, appare nuovamente impiegata in una forma generica e non meglio qualificata, identificando tanto icasticamente quanto vagamente qualsiasi forma di resistenza processuale esercitata dal convenuto a fronte di un eventuale giudizio instaurato nei suoi confronti.⁵¹ In altri casi, le fonti sembrano invece testimoniare - con riguardo a questi termini - un'accezione diversa e parzialmente più ristretta, in base alla quale essi non indicano

⁴⁹ D. 7.6.5.2 (*Si partis fundi usus fructus constituatur, potest de eo in rem agi, sive vindicet quis usum fructum sive alii neget*); D. 8,5,4,7 (*Competit autem de servitute actio domino aedificii neganti servitute se vicino debere, cuius aedes non in totum liberae sunt, sed ei cum quo agitur servitute non debent*); D. 11.1.11.10 (*Qui iusto errore ductus negaverit se heredem, venia dignus est*); D. 25.3.5.8 (*Si vel parens neget filium idcircoque alere se non debere contendat, vel filius neget parentem, summam iudices oportet super ea re cognoscere*). Per ulteriori riferimenti, si rinvia a B. HEUMANN, A. SECKL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechtes*, op. cit., s.v. «negare», p. 340 ss.

⁵⁰ Non meno generico appare l'impiego del termine in D. 41.2.3.18 (*Paul. 54 Ad Ed.*), a sua volta riferito alla configurabilità del furto nell'ipotesi della stipula di un precedente deposito: *Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere. Sed si eam loco non moveris et infitandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest nec animo furtum admittatur*.

⁵¹ D. 46.7.16 - *Ex iudicatum solvi stipulatione ob rem non defensam cum uno ex fideiussoribus agere volo: is, quod pro parte eius fit, solvere mihi paratus est: non debet mihi in eum dari iudicium. Neque enim aequum est aut iudicio destringi aut ad infinitationem compelli eum, qui sine iudice dare paratus est, quo non amplius adversarius eius per iudicem ab eo consecuturus est*.

semplicemente un atteggiamento negativo di opposizione o resistenza, quanto piuttosto la puntuale attività di contraddizione esercitata dal convenuto - nel corso del processo - di fronte alla pretesa fatta valere dall'attore. Laddove ciò avvenga, la nozione di *infitiatio* sembra quindi abbandonare la connotazione generica che si è visto caratterizzarla in alcuni contesti, per assumere un significato più stringente - di natura e contenuto tecnico-processuale - che la pone piuttosto in rapporto di antitesi con la dimensione processuale della *confessio*, intesa notoriamente dalle fonti come la scelta della parte costituita di riconoscere la pretesa avversaria e di non contraddirla dinanzi al magistrato⁵². È questa l'indicazione che sembra potersi ricavare, ad esempio, della testimonianza di D. 16.3.13, pr. (Paul. 31 *Ad Ed.*), ove la locuzione composita *infitiatus sit* è impiegata (onde negarne la malafede nel processo) con riguardo alla condotta del convenuto che rifiuti di restituire la cosa pretesa in rivendica all'attore che egli ritiene incolpevolmente sprovvisto di legittimazione attiva, salvo poi precisare che contro di lui potrà proporsi un'azione (verosimilmente di dolo) laddove la coscienza della qualità dell'attore sia sopravvenuta in un secondo momento⁵³: il che lascia intendere come qui la nozione di *infitiatio* valga a identificare, anziché un generico rifiuto, il comportamento processuale specifico (e carico di potenziali conseguenze di carattere giuridico) consistente nel mancato riconoscimento da parte del convenuto della pretesa fatta valere dall'attore, ossia - in una parola - nella sua mancata *confessio* all'interno del giudizio. La contrapposizione tra confessione e *infitiatio* (e la conseguente qualificazione di quest'ultima come specifica negazione della pretesa processuale) emerge poi - con plastica evidenza - dalla testimonianza (in punto di *lex Aquilia*) in D. 9.2.23.10 (Ulp. 18 *Ad Ed.*), nella quale si specifica come quest'ultima azione - mentre opera in forma semplice *adversus confitentem* - può da-

⁵² Si veda in particolare D. 42.2 (*De confessis*). Sulla nozione processuale di *confessio* e per più ampi riferimenti alle possibili conseguenze della scelta del convenuto di *in iure confiteri* può rinviarsi a G. MAININO, *Confessio e indefensio nella Lex Rubria de Gallia Cisalpina*, in Atti del Convegno 'Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico', Siena, 2011, *passim*. In argomento si rimanda inoltre alla nutrita letteratura precedente: G. DEMELIUS, *Die confessio in iure im römischen Civilprozess*, 1880; A. GIFFARD, *La confessio in iure étudiée spécialement dans la procédure formulaire*, Paris, 1900; E. BETTI, *Le actiones ex confessione in iure nel processo romano classico*, in *Att. Ist. Veneto*, 74 (1914-15); M. WALSSAK, *Konfessio in iure und Defensionverweigerung nach der lex Rubria de Gallia Cisalpina*, München, 1934; G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, II, Torino, 1950, pp. 186 ss. e pp. 243-244; S. DI PAOLA, *Confessio in iure*, Milano, 1952.

⁵³ *Si quis infitiatus sit non adversus dominum, sed quod eum qui rem depositam petebat verum procuratorem non putaret aut eius qui deposuisset heredem, nihil dolo malo fecit: postea autem si cognoverit, cum eo agi poterit, quoniam nunc incipit dolo malo facere, si reddere eam non vult.*

re luogo ad una condanna nel doppio laddove esperita *adversus negantem*; espressione che sostituisce evidentemente (con il medesimo significato) il riferimento alle azioni *adversus infitiantes* che compare anche, nei termini suddetti, nelle Istituzioni di Gaio⁵⁴. Non solo dunque - la *negatio* (o *infitiatio*) del convenuto viene posta in diretta correlazione con la condanna nel doppio nel giudizio in esame, ma appare espressamente collocata in rapporto di antitesi con la *confessio* della medesima parte, dalla quale sembra pertanto potersi ricavare - se non altro in negativo - il contenuto specifico della condotta dei convenuti (*infitiantes*) cui si rivolge la sanzione: il rifiuto di cedere spontaneamente all'iniziativa dell'attore (*confiteri*) e la scelta di sostenere piuttosto le proprie ragioni - in contraddittorio con quest'ultimo - fino all'esito naturale del giudizio costituito dalla condanna. Lo stesso dicasi - sempre in tema di responsabilità aquiliana - con riguardo alla testimonianza di D. 11.3.5.2 (Ulp. 23 *Ad Ed.*)⁵⁵, la quale accosta espressamente il comportamento del convenuto connotato dall'*infitiatio* a quello di colui che resiste nel giudizio manifestando apertamente le proprie controdeduzioni (incarnato dal termine *fatentem*, che allude in concreto alla formalizzazione verbale della posizione del convenuto), ad ulteriore conferma che ciò che qualifica la condotta in esame secondo questa seconda e più restrittiva accezione è principalmente la reazione diretta (e specificamente argomentata) alle circostanze sulle quali si fonda la pretesa dell'attore fatta valere nel giudizio⁵⁶. Contestazione che non poteva ovviamente che manifestarsi - in primo luogo - *in iure* nella sede del procedimento formulare in cui il convenuto era chiamato ad aderire o respingere le affermazioni dell'attore, vale a dire al momento della *litis contestatio* (posto che con quest'ultima si perfezionava di norma in forma definitiva il rapporto processuale), mentre rimane fondamentalmente aperta la questione delle modalità concrete

⁵⁴ È peraltro verosimile che l'espressione *negantem*, qui impiegata in luogo del più specifico *infitiantem* che si ritrova in altri luoghi, sia il risultato di un'alterazione del testo o di parte di esso in epoca postclassica, quando il significato tecnico e genuino del termine doveva ormai apparire almeno in parte offuscato (così POLARA, Gai. 4,9, p. 234). Sul punto si avrà occasione di tornare *infra* trattando delle possibili trasformazioni della condanna *in duplum* nel processo postclassico e diritto giustiniano.

⁵⁵ *Haec actio etiam adversus fatentem in duplum est, quamvis Aquilia infitiantem dumtaxat coerceat.*

⁵⁶ La medesima accezione «tecnica» dell'*infitiatio* processuale come specifica reazione del convenuto alla pretesa dell'attore appare così confermata - per lo meno indirettamente - dalle fonti in cui il termine *infitiari* compare in contrapposizione espressa con il verbo *fateri*, il quale indica di norma - in parallelo al più consueto *confiteri* - il riconoscimento espresso della pretesa azionata o quanto meno la sua mancata negazione: Paul. S.v.; Fest. 100,5: *Infitieri non fateri* (laddove nell'espressione *infitieri* deve vedersi una variante antica del deponente *infitiari*); In proposito si vedano anche le considerazioni di B. ALBANESE, *Il processo romano delle legis actiones*, 2. Ed., Palermo, 1993, p. 46, nt. 153.

con cui l'eventuale *infitiatio* conducesse materialmente al raddoppio della condanna, anche se la prevalente (e condivisibile) opinione tende a ritenere plausibile la previsione a livello edittale di due formule tra di loro distinte, concesse - rispettivamente - *in simplum adversus confitentem* ed *in duplum adversus infitiantem*⁵⁷.

Alla luce della coesistenza nelle fonti richiamate di entrambe le accezioni del termine *infitiatio* (tra di loro alternative e almeno in parte divergenti) l'attribuzione di un significato preciso all'impiego dello stesso nel resoconto di Gaio sulle azioni litiscreascenti appare - a prima vista - tutt'altro che scontato. Per quanto la somiglianza tra la formula impiegata (*adversus infitiantes...dupli actio constituitur*) e quella che compare nei passi del Digesto suggerisca una maggiore vicinanza dell'impiego gaiano all'accezione più restrittiva, non è infatti possibile escludere a priori che il giurista abbia inteso piuttosto impiegare l'espressione nel suo significato più esteso, posto che nel testo istituzionale - a differenza che nelle fonti da ultimo richiamate - il termine in esame si presenta isolato e non risulta accostato ad alcun'altra espressione che consenta altrimenti di contestualizzarne la portata. Onde tentare una ricostruzione più attendibile del significato dell'espressione per come essa è impiegata nella testimonianza gaiana, dunque, l'alternativa non può che essere quella di rivolgersi direttamente all'etimologia della stessa e alla sua matrice semantica, ossia ai contenuti che essa appare incarnare a prescindere dal contesto in cui viene utilizzata o dagli ulteriori concetti o figure giuridiche con cui - di volta in volta - viene posta in relazione. Come altre ricerche dedicate alla litiscrecenza non hanno mancato di evidenziare⁵⁸, il fondamento etimologico del termine *infitiatio* (e delle molteplici varianti con cui compare nelle fonti) dev'essere ricercata - con ogni probabilità - nella combinazione tra la radice *fat* del verbo deponente *fateri* - a sua volta derivante dal greco φάτις (pa-

⁵⁷ La principale testimonianza in tal senso è quella contenuta in D. 9.2.23.10 con particolare riguardo alla formula dell'azione aquiliana, ritenuta dai più agevolmente estensibile anche ai rimanenti giudizi caratterizzati dall'applicabilità del rimedio. In questo senso, da ultimo, C. BUZZACCHI, *Abuso del processo*, cit., p. 52 e F. BONIFACIO, «*Infitiatio*», cit., p. 655. Il tenore della formula in ambedue le varianti è ipotizzato in D. MANTOVANI, *Le formulae del diritto romano*, Padova, 1999, p. 64. Per una convincente ricostruzione in ordine alla genesi delle due varianti formulari ad opera del pretore nel passaggio dall'antico sistema delle *legis actiones* al processo *per formulas* si veda inoltre G. POLARA, *Gai. 4.9: alle radici del principio adversus infitiantem in duplum agimus*, cit., pp. 257 ss.

⁵⁸ C. BUZZACCHI, *Abuso del processo*, cit., p. 45-46 e nt. 19; E. BIANCHI, *La temerarietà nelle Istituzioni di Gaio*, cit., p. 258; A.M. GIOMARO, *La scelta del mezzo giudiziale in ipotesi di temerarietà della lite ex parte actoris*, cit., p. 132, Nt. 2; J. PAOLI, *Lis infitiando crescit in duplum*, cit., pp. 3-5.

rola; discorso) e corrispondente tanto all'azione di affermare quanto a quella di riconoscere un fatto⁵⁹ - con il prefisso negativo *in*, nel quale si esprime la negazione ovvero il rifiuto di ciò che si afferma.⁶⁰ La forma alternativa *infitiari*, talora impiegata nelle fonti in luogo del più arcaico e desueto *infiteri*, è poi il risultato della contrazione del sostantivo difettivo *infitiae* (di cui residua unicamente l'accusativo *infitias*) e del verbo intransitivo *ire* (ad esprimere concretamente l'azione in cui si sostanzia l'attività di diniego), la quale sopravvive ancora nella formula del giuramento a carico del convenuto⁶¹ e dalla quale sembra discendere - per ulteriore estensione - anche la forma sostantivata *infitiatio* con cui si è visto essere comunemente indicata la condotta resistente posta in essere da quest'ultimo all'interno del processo. Coerentemente con ciò che si potrebbe immaginare in base alla matrice etimologica così ricostruita, nelle fonti letterarie la nozione in esame si manifesta (con relativa frequenza) prevalentemente allo scopo di identificare condotte negative di particolare gravità o atteggiamenti di radicale opposizione a fatti o questioni altrimenti evidenti. Nel resoconto di Livio circa la difesa della *gens Iulia* sostenuta da Appio Claudio Crasso contro le accuse dei tribuni (*Ab Urb. Cond.*, VI, 40.4) si leggono così le seguenti parole: “*Neque novum neque inopinatum mihi sit, Quirites, si, quod unum familiae nostrae semper obiectum est ab seditiosis tribunis, id nunc ego quoque audiam, Claudiae gentis iam inde ab initio nihil antiquius in re publica patrum maiestate fuisse, sem-*

⁵⁹ E. FORCELLINI, *Totius Latinitatis Lexicon*, cit. s.v. “*Fateor*”, pp. 345-346; A. WALDE, B. HOFFMAN, *Lateinsche etymologisches Wörterbuch*, cit., p. 462; A. ERNOUT - A. MEILLET, *Dictionnaire etym.*, cit., p. 320, ove si evidenzia tra l'altro come siffatta espressione - pur avendo alla base un significato neutrale (si pensi all'italiano *infante*) - assuma per lo più il valore negativo del riconoscimento di un fatto o di altra circostanza a sé sfavorevole (“*Ce verbe a généralement le sens péjoratif: on avoue sa faute, son erreur*”). Per un impiego del termine in quest'accezione più generale nelle fonti giuridiche si veda ad es. D. 42.2.6.4 (*Sed an et ipsos procuratores vel tutores vel curatores fateri sufficiat, videamus: et non puto sufficere*), ma anche D. 9.4.26.5 (*Et ideo si negaveris servum in tua potestate esse, postea fateri poteris, nisi si iam lis adversus te contestata est: nam tunc audiri non debebis, ut Labeo ait*). La medesima radice ritorna poi - unitamente ad altri prefissi con portata modificativa diversa - nei composti *pro-fiteri* (da cui profittare) e *con-fiteri* (da cui il verbo *confiteor* che si è visto talora impiegato in contrapposizione alla nozione di *infitiatio*), la cui variante soggettiva (*confessio*) sembra essersi originata in un momento successivo a partire dalla forma aggettivata *confessus* riferita all'attività del soggetto che pone in essere la condotta interessata. Così ancora ERNOUT-MEILLET, *op. ult. cit.*, p. 219.

⁶⁰ C. BUZZACCHI, *Abuso del processo*, cit., p. 46 e nt. 20; J. PAOLI, *Lis infitiando*, cit., p. 3 e nt. 6.

⁶¹ Si veda Gai. 4. 172: *Quod si neque sponsionis neque dupli actionis periculum ei, cum quo agitur, iniungatur ac ne statim quidem ab initio pluris quam simpli sit actio, permittit praetor iusiurandum exigere NON CALVMNIAE CAVSA INFITIAS IRE*. L'espressione ritorna un'altra volta - in termini più generali e del tutto indipendenti dalla formula del giuramento - in D. 10.2.44.4 (Paul. 6 *Ad Sab.*): *Qui familiae erciscundae et communi dividundo et finium regundorum agunt, et actores sunt et rei et ideo iurare debent non calumniae causa litem intendere et non calumniae causa ad infitias ire*.

per plebis commodis adversatos esse. Quorum alterum neque nego neque infitias eo nos, ex quo adsciti sumus simul in civitatem et patres, enixe operam dedisse ut per nos aucta potius quam imminuta maiestas earum gentium inter quas nos esse voluistis dici vere posset”, ove la locuzione *infitias eo* sembra collocarsi - rispetto al precedente e più generico *nego* - in un *climax* ascendente teso a mettere in luce la maggiore gravità e la radicale convinzione della reazione alle accuse per mezzo di essa manifestata. In Seneca, analogamente, l’espressione (o i suoi derivati) non allude di regola alla generica negazione di fatti o circostanze, quanto piuttosto ad un rifiuto o diniego degli stessi «qualificato» da una peculiare rilevanza etica o sociale, ossia connotato - per le peculiari circostanze nelle quali si esprime - da un giudizio tendenzialmente negativo circa le sue conseguenze⁶². Lo stesso dicasi, infine, per le emergenze del concetto nelle orazioni di Cicerone, all’interno delle quali il termine *infittatio* (o i suoi derivati) è generalmente impiegato per indicare la negazione di fatti o circostanze rilevanti di assoluta evidenza, come quelle su cui si fondano delle pretese (civili) o delle accuse (criminali) la cui prova sia già stata fornita in un momento precedente o non risulti comunque discutibile: esemplificativo in tal senso appare ad esempio il brano delle *Partitiones Oratoriae*⁶³ in cui l’autore, trattando della credibilità dei testimoni ai fini del giudizio, afferma come non si possa dare credito a chi ha testimoniato in seguito a tortura, in quanto la sua volontà di affermare il falso (negando consciamente il vero) per evitare il dolore non potrà che condizionare la testimonianza fornita; dal che traspare non soltanto un’esplicita contrapposizione tra la scelta di riconoscere un fatto (identificata ancora una volta dal verbo *fateri*) e la sua

⁶² In questi termini l’espressione compare ad esempio in *De Ben.*, II.35.3, ove è impiegata per qualificare - con connotazione evidentemente negativa - il rifiuto di una donazione effettuata con animo nobile: *Sic dicimus eum, qui beneficium bono animo accipit gratiam retulisse: nihilominus illum, in aere alienum relinquitur gratiam relaturum etiam cum retulerit. Exhortatio est illa non infittatio beneficii.*

⁶³ *Cic.*, *Part. Orator.*, 14.50: *Saepe etiam questionibus resistendum est, quod et dolorem fugientes multis in tormentis ementiti persæpe sunt, morique maluerunt falsum fatendo, quam infittando dolere*; Tra i numerosi riferimenti nell’opera ciceroniana si vedano anche *Cic.*, *Ad Att.*, 4.3.2 (...*id poterat infittari, poterat in alios derivare, poterat etiam aliquid iure factum defendere*); *Id.*, *Ret. ad Her.*, 1.17.27 (*Ex intentione et infittatione iudicatio constituitur hoc modo: intentio: “occidisti Aiaceum”, infittatio “non occidit”, iudicatio “occideritne?”*); nonché *Id.*, *De Orat.*, II.25.105 (*Ac nostrae fere causae quae quidem sunt criminum plerumque infittatione defenduntur*). Altrettanto specifici e coloriti appaiono poi i riferimenti all’*infittatio* nell’opera plautina: si confronti ad es. *PLAUT.*, *Cist.*, 661 (*Omnia infittiare quae dudum confessat mihi...*). A questo significato radicale del termine quale negazione - precisa e intenzionale - di un fatto già accertato sembra infine riferirsi, in termini analoghi, anche *ISIDORO*, *Orig.*, 5.26.20, quando definisce tale attività come “...*negatio debitae rei, cum a creditore deposcitur; idem et abiuratio*”, accostando dunque il relativo concetto alla dimensione dello spergiuro.

eventuale negazione (a cui corrisponde, come si è visto, la nozione di *infitiari*), ma anche - e soprattutto - la puntuale identificazione di quest'ultima condotta con la cosciente volontà di affermare il falso, la quale finisce in questo senso per divenire l'autentico elemento qualificante delle condotte in esame.

Sulla base delle suddette testimonianze delle fonti letterarie, *infitiatio* sembra dunque essere - prima di tutto - chi contesta intenzionalmente fatti o circostanze che sa essere veri, vale a dire un soggetto che non si limita a negare formalmente ciò che è affermato da altri (rifiutandone il contenuto o proponendone un altro), ma lo fa con la coscienza che le medesime circostanze corrispondono a verità. L'*infitiatio*, in altri termini, non appare corrispondere ad una semplice negazione obiettiva di ciò che altri sostengono, quanto piuttosto ad una condotta specifica - e moralmente connotata in senso negativo⁶⁴ - che consiste nell'opporsi con atteggiamento doloso all'altrui posizione, se non addirittura nell'intenzione fraudolenta di far prevalere una ricostruzione falsa ovvero tendenziosa rispetto a quella (obiettivamente fondata) sostenuta da altri. Non dunque un semplice rifiuto di riconoscere o ammettere elementi rilevanti, bensì il tentativo - deliberato e consapevole - di negare i medesimi a proprio vantaggio. La circostanza che nelle testimonianze letterarie (o in altre fonti extra-giuridiche) la nozione in esame rivesta un contenuto primariamente soggettivo - e assuma dunque una valenza etica tendenzialmente negativa - non significa tuttavia che la stessa conclusione possa estendersi automaticamente anche ai casi in cui tale nozione (e la relativa terminologia) si trova impiegata all'interno di testi a contenuto giuridico, posto che la specificità e il tecnicismo di questi ultimi non consente un'immediata trasposizione di figure e significati comunemente ricavabili da altri contesti. Per quanto alcuni abbiano individuato nei riferimenti letterari all'*infitiatio* la conferma che tale concetto assumerebbe una portata soggettiva e dolosamente orientata anche nel suo impiego in relazione al processo⁶⁵, pertanto, la ricostruzione del contenuto di tali

⁶⁴ Nelle fonti esaminate, questa caratterizzazione negativa dell'*infitiatio* sotto il profilo morale emerge in particolare, come si è visto, dalla contrapposizione tra il comportamento in cui si sostanzia la negazione stigmatizzata e la peculiare certezza o evidenza esteriore delle circostanze negate, di fronte alla quale qualsiasi opposizione o diniego obbiettivo appare connotato da un atteggiamento fraudolento.

⁶⁵ È questa in modo particolare la conclusione fondamentale a cui pervengono le ricerche di J. PAOLI, *Lis infitando crescit in duplum*, cit., specialmente pp. 335 ss., il quale si spinge addirittura ad affermare che alla base dei comportamenti processuali sanzionati con la condanna nel doppio potrebbe riconoscersi - accanto ad un elemento oggettivo consistente nell'atto di negare la pretesa di controparte -

condotte in sede processuale deve avvenire con esclusivo riguardo alle modalità descrittive e valutative delle stesse nella testimonianza dei giuristi, la quale ben potrebbe suggerire una lettura differente e del tutto autonoma rispetto a quella desumibile da quanto sinora osservato. Se riesaminata alla luce del significato «comune» del verbo *infitiari* (e dei sostantivi da esso derivati), infatti, la maggior parte delle fonti giuridiche sopra richiamate con riguardo al significato dell'*infitiatio* nella dimensione processuale (tanto nell'accezione più ampia della negazione di un fatto quanto in quella più restrittiva della negazione della pretesa) - lungi dal rendere manifesta una connotazione soggettiva delle relative condotte - sembrano piuttosto testimoniare una loro valenza puramente oggettiva, caratterizzata cioè da un riferimento neutrale al comportamento interessato a prescindere dall'atteggiamento psicologico del soggetto responsabile. Per rendersene conto, è sufficiente richiamare - oltre allo stringato riferimento delle Istituzioni gaiane (il quale non qualifica altrimenti il comportamento degli *infitiantes*) - almeno due tra le testimonianze del Digesto sopra menzionate in cui la nozione di *infitiatio* compare con maggiore ampiezza e precisione contestuale:

D. 11.3.5.1-2 (Ulp. 23 *ad Ad.*)

(1) *Si quis dolo malo persuaserit quid servo quem liberum putabat, mihi videtur teneri eum oportere: maius enim delinquit, qui liberum putans corrumpit: et ideo, si servus fuerit, tenebitur.* (2) *Haec actio etiam adversus fatentem in duplum est, quamvis Aquilia infitiantem dumtaxat coerceat.*

una dimensione soggettiva dell'*animus infitiandi* inteso come la volontà specifica e deliberata di ingannare l'avversario, nella quale si identificherebbe anzi l'autentico tratto distintivo delle fattispecie ricavabili dalle fonti. *Infitiari* varrebbe dunque essenzialmente frodare con l'intenzione dolosa di cagionare un danno, mentre la circostanza obiettiva della negazione di un fatto passerebbe in qualche misura in secondo piano, riducendosi in concreto al sostrato oggettivo sul quale si innesterebbe la *voluntas* di nuocere (così ID., *op. ult. cit.*, p. 333). La tesi della qualificazione dell'*infitiatio* quale condotta essenzialmente dolosa, già in passato da più parti criticata (G. ROTONDI, *Litiscrescenza e lex Aquilia*, in *Scritti*, II, 1922, pp. 419 ss.; F. BONIFACIO, s.v. "*infitiatio*", in *NNDI*, p. 655), è stata riproposta in epoca più recente - e ancora una volta a partire da alcuni impieghi del termine nelle fonti letterarie - da E. BIANCHI, *La temeritas nelle Istituzioni di Gaio*, cit., specialmente p. 258 ss., dove la possibilità che l'accezione tecnico-processuale del verbo *infitiari* sottintendesse la valenza morale di una negazione consapevolmente falsa è tuttavia considerata meramente "*probabile*".

D. 16.3.13.pr. (Paul. 31 *ad Ed.*)

Si quis infitatus sit non adversus dominum, sed quod eum qui rem depositam petebat verum procuratorem non putaret aut eius qui deposuisset heredem, nihil dolo malo fecit: postea autem si cognoverit, cum eo agi poterit, quoniam nunc incipit dolo malo facere, si reddere eam non vult.

Nel primo caso, che si riferisce ai presupposti soggettivi dell'*actio servi corrupti* esperibile dal proprietario di uno schiavo nei confronti del terzo che ne provochi il danneggiamento avendolo persuaso ad un'attività pericolosa, la connotazione puramente obiettiva dell'*infinitio* processuale sembra resa evidente - anche sul piano testuale - dall'associazione tra la *confessio* del convenuto *fatentem* nell'azione in parola (che in tal caso conduce comunque alla condanna nel doppio) e la scelta della parte *infittantem* nell'*actio ex lege Aquilia*, che normalmente può condurre allo stesso risultato: se la *confessio* nella peculiare ipotesi dell'azione per il servo corrotto (alla quale certo non può attribuirsi un contenuto doloso) viene accostata la situazione dell'*infittari* nel più ordinario giudizio aquiliano, infatti, non sembrano esservi ragioni particolari per dubitare che tale condotta risulti a propria volta scevra di qualsiasi implicazione di carattere soggettivo, risolvendosi nella sostanza né più né meno che nella scelta - diametralmente opposta alla *confessio in iure* - di negare giudizialmente la pretesa azionata. Si noti inoltre - ad ulteriore appariscente conferma di tale conclusione - che l'inciso appena richiamato si colloca all'interno di una serie di frammenti il cui costante riferimento concettuale è l'atteggiamento malizioso che viene colpito dal pretore con la concessione di questa specifica azione (malizia a cui si fa espresso riferimento - tra l'altro - anche in D. 11.3.5.pr.⁶⁶), così che se l'intento doloso fosse in effetti un elemento caratterizzante anche dell'*infittatio* giudiziale, difficilmente quest'ultima avrebbe potuto affiancarsi - sia pur per contrapposizione - alla posizione

⁶⁶ *Doli verbum etiam ad eum qui recepit referendum est, ut non alius teneatur, nisi qui dolo malo recepit: ceterum si quis, ut domino custodiret, recepit vel humanitate vel misericordia ductus vel alia probata atque iusta ratione, non tenebitur.* Un'ulteriore definizione dell'atteggiamento doloso potenzialmente rilevante nel contesto in esame si ritrova inoltre - a breve distanza dai passaggi del testo appena considerati - in D. 11.3.3.pr.: *Dolo malo adiecto calliditatem notat praetor eius qui persuadet: ceterum si quis sine dolo deteriorem fecerit, non notatur, et si lusus gratia fecit, non tenetur.*

del confitente, che da una simile connotazione soggettiva evidentemente prescinde.⁶⁷ Nel secondo dei frammenti richiamati - allo stesso modo - la condotta del convenuto caratterizzata dall'*infitiari* non appare qualificata in funzione del dolo (di cui pure si tratta nello stesso contesto), ma sembra piuttosto connotata indipendentemente da quest'ultimo e dunque in un'ottica essenzialmente oggettiva. In questo caso, la distanza della nozione in esame dall'elemento doloso appare anzi più manifesta e immediatamente percepibile, posto che il riferimento all'atteggiamento malizioso della parte processuale interviene in un momento successivo rispetto a quello all'*infitiatio* e non in relazione a quest'ultima ma a circostanze ulteriori e dalla stessa indipendenti: nel resoconto di Paolo, infatti, a connotarsi in senso soggettivo (e quindi doloso) non è la resistenza in sé alla pretesa altrui di restituire una cosa (che anzi viene identificato come scevro da malizia), bensì il rifiuto (successivo ed eventuale) di restituire la stessa a fronte dell'acquisita certezza del fatto che chi agisce ha un diritto in tal senso; dal che sembra discendere con relativa chiarezza come la prima *infitiatio*, in quanto posta in essere in un momento precedente a tale presa di coscienza, risulta di per sé indipendente da una qualificazione (negativa) in termini soggettivi, potendosi semmai colorare di questa ulteriore valenza soltanto per l'effetto di circostanze contingenti e in quanto tali estranee al suo ordinario contenuto.⁶⁸

⁶⁷ Nel senso della valenza oggettiva dell'*infitiatio* processuale indirettamente ricavabile dal frammento in esame si veda anche C. BUZZACCHI, *Abuso del processo*, cit., p. 54, secondo la quale “qui è colta chiaramente la distinzione tra azione *adversus fatentem* o *adversus infitiantem* e la conseguente diversa fonte del raddoppiamento della *summa condemnationis* senza che peraltro sia lecito individuare una connotazione ulteriore, necessariamente dolosa, nella scelta di resistere in giudizio”. In proposito può tra l'altro osservarsi come la stessa contrapposizione tra *confessio* e *infitiatio* qui riferita nel peculiare contesto della *actio servi corrupti*, sia riproposta in termini analoghi - ma con specifico riferimento all'azione aquiliana - anche in D. 9.2.23.2 (Ulp. 18 ad Ed.), ove la condotta del convenuto resistente contrapposta alla *confessio* viene tuttavia individuata dal più generico e neutrale riferimento alla «negazione» della pretesa (*Haec actio adversus confitentem competit in simplum, adversus negantem in duplum*), la quale sembra in tal senso presentarsi come sinonimo dell'*infitiatio* e conferma del suo valore puramente obiettivo. Sul punto si veda ancora C. BUZZACCHI, *ibidem*, pp. 52-53.

⁶⁸ Considerazioni analoghe potrebbero svolgersi anche con riguardo alla testimonianza di D. 42.7.68. pr. - a sua volta già richiamata in apertura del paragrafo - nella quale si contrappone apertamente la condotta (manifestamente furtiva) di chi si impossessa di qualcosa con l'intento di appropriarsene e quella del depositario che si limita a negare giudizialmente di essere vincolato dal deposito, la cui riconducibilità al *furtum* - nonostante l'apparente vicinanza con quest'ultima fattispecie (*nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum est*) - viene invece espressamente negata. Per una rassegna delle ulteriori testimonianze delle fonti che sembrano deporre in tal senso, delle quali non mette conto occuparsi in questa sede, giova rinviare all'approfondita revisione di C. BUZZACCHI, *Abuso del processo*, cit., pp. 53 ss., la quale osserva l'altro come il “significato di *infitiatio* quale semplice e totale negazione della pretesa dell'attore”, che doveva emergere con obiettiva certezza dagli orientamenti della giurisprudenza classica, possa essere stato almeno in parte oscurato - nelle testimonianze del Di-

Nondimeno, da altre (quand'anche più circoscritte) testimonianze delle fonti sembra emergere - anziché il significato oggettivo dell'*infitiari* processuale che si è appena messo in luce e ritenuto prevalente⁶⁹ - una valenza del termine e del relativo concetto dal contenuto diverso e marcatamente soggettivo; caratterizzata cioè - oltre che dall'elemento materiale della negazione della pretesa - dalla dimensione psicologica e moralmente condizionata di una negazione consapevolmente falsa⁷⁰, ossia dalla dolosa volontà di contestare l'avversario pur nella coscienza delle sue obiettive ragioni. A titolo esemplificativo di questa lettura alternativa e del differente ordine di significati a quest'ultima collegati, possono qui richiamarsi i seguenti frammenti:

D. 41.2.3.18 (Paul. 54 *ad Ed.*)

Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere. Sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest nec animo furtum admittatur.

D. 9.3.1.4 (Ulp. 23 *ad Ed.*)

Haec in factum actio in eum datur, qui inhabitat, cum quid deiceretur vel effunderetur, non in dominum aedium: culpa enim penes eum est. Nec adicitur culpa mentio vel infitiationis, ut in duplum detur actio, quamvis damni iniuriae utrumque exigit.

Secondo una parte (per vero minoritaria) degli autori che si sono occupati - direttamente o indirettamente - del fenomeno della condanna nel doppio nel processo *per formulas*, da tali isolate testimonianze ricavabili dalle fonti potrebbe desumersi appunto che il contenuto dell'*infitiari* della parte convenuta non si limiterebbe a qualsi-

gesto e delle fonti istituzionali - dalle profonde trasformazioni intervenute in età giustiniana rispetto allo schema originario del processo *per formulas*, e dunque alla funzione delle azioni litiscrecenti.

⁶⁹ Non vi è dubbio infatti che, nonostante la compresenza nelle fonti di entrambe le accezioni del concetto e della conseguente possibilità (astratta) di valorizzare l'una o l'altra a seconda dei passi di volta in volta considerati, le testimonianze che riconsegnano un'immagine neutrale e obiettivata della *infitiatio* del convenuto (delle quali si è sopra offerta una cursoria rassegna) siano quelle di gran lunga più numerose e agevolmente riconoscibili, al punto che le fonti che appaiono smentire tale ricostruzione non hanno mancato di sollevare dubbi ed incertezze circa la loro attendibilità. (in tal senso si veda ad esempio F. BONIFACIO, s.v. "*infitiatio*", cit., p. 655 e nt. 7; nonché C. BUZZACCHI, *op. cit.*, p. 50).

⁷⁰ In questo senso si esprime ad es. E. BIANCHI, *La temerarietà nelle Istituzioni di Gaio*, cit., p. 260.

voglia rifiuto della pretesa dell'attore, ma alluderebbe ad una resistenza più specifica in quanto «qualificata» dall'intento soggettivo di contrastare l'azione, se non addirittura dalla consapevolezza maliziosa della parte interessata di resistere ingiustamente alle affermazioni avversarie. Dalla prima testimonianza, ove si afferma tra l'altro che la semplice intenzione di opporsi in giudizio alla restituzione della cosa depositata (non accompagnandosi all'impossessamento materiale della stessa) non costituisce un furto, si è voluto così ricavare che l'essenza dell'*infitiatio* consisterebbe nell'intenzione specifica della parte che la attua di frustrare nel giudizio l'interesse dell'avversario opponendosi consciamente all'attuazione dello stesso: l'accostamento di tale opposizione alla fattispecie del furto e il riferimento esplicito ad un *animum infitiandi* facente capo al convenuto, in altri termini, ha portato a riconoscere nella medesima condotta un elemento doloso (se non financo «criminale») non diverso da quello caratteristico dei *delicta* privati, il quale si risolverebbe all'interno del processo nella volontà soggettiva di frodare l'avversario che si rifletterebbe nella negazione consapevolmente infondata della pretesa da questi azionata.⁷¹ La seconda testimonianza, analogamente, affermando che nella variante *in factum* dell'*actio de effusis vel deiectionis* non occorre menzionare né la *culpa* né l'*infitiatio* del convenuto (a differenza di quanto avviene per l'*actio damni iniuriae*), suggerirebbe una sostanziale identificazione della seconda condotta con la circostanza del dolo, istituendo una sorta di «graduazione» tra il concetto di *infitiatio* e quello di *culpa*, per cui il primo finirebbe per esprimere un'intenzione fraudolenta contrapposta - per la maggiore gravità - ad una semplice condotta negligente: quasi si trattasse di un «dolo specifico» volto ad impedire all'attore - con la propria maliziosa condotta - di conseguire la piena ed effettiva soddisfazione dell'interesse fatto valere per il tramite del giudizio.⁷²

Nemmeno dagli impieghi della nozione di *infitiatio* nel ristretto contesto delle fonti giuridiche sembrano quindi potersi ricavare delle indicazioni univoche - o quanto meno sufficientemente precise - circa il contenuto delle relative condotte all'interno

⁷¹ Così J. PAOLI, *Lis infitiando crescit in duplum*, cit., p. 336 e nt. 1: “[...] Nous dirions aujourd’hui que l’*infitiatio* résidait dans l’intention criminelle. Elle est en effet, avant tout, intention, volonté de dépouiller, de frauder. Elle n’est presque que cela, car la négation par laquelle elle s’exprime n’est que le reflet de cette intention. Elle est la pensée, l’*animus* de celui qui nie, la cause finale de sa négation”.

⁷² Così J. PAOLI, *op. cit.*, p. 338 e p. 86, nt. 1. In senso critico, C. BUZZACCHI, *Abuso del processo*, cit., p. 53, la quale osserva in particolare come l'accostamento della *culpa* e dell'*infitiatio* nel frammento ulpiano non consenta automaticamente di riconoscere una graduazione tra gli stessi, né di ricavare dall'associazione stessa significati ulteriori rispetto a quelli suggeriti dalla lettura del testo.

del processo, posto che anche nell'ottica così selezionata la locuzione in oggetto manifesta per vero delle parziali oscillazioni nel suo significato che impediscono di coglierne la reale portata con obiettiva certezza; specialmente nel senso che - pur nel quadro di una sua accezione tendenzialmente oggettiva (corrispondente alla generica negazione della pretesa azionata) - taluni suoi impieghi tenderebbero a suggerirne una lettura più specifica, per cui la stessa negazione processuale dell'affermazione dell'attore risulta «colorata» - in senso soggettivo - dalla puntuale volontà di frustrare l'ambizione di quest'ultimo. Al fine di ricostruire l'effettivo contenuto delle condotte in esame (e così di identificare correttamente la funzione processuale della condanna nel doppio finalizzata a sanzionarle) appare pertanto necessario un mutamento di prospettiva: anziché ricercare «dall'interno» la portata formale e gli esatti contenuti dei comportamenti del convenuto riconducibili all'*infitiatio*, può essere utile procedere «dall'esterno» indagando il contesto in cui essi si collocano, ossia esaminando la tipologia dei giudizi in cui assumono rilevanza le condotte in esame onde ricavarne - a ritroso - delle indicazioni proficue (anche) in ordine alla valenza delle condotte medesime. Il che naturalmente impone di confrontarsi, nei modi e nelle forme che saranno evidenziati nei prossimi paragrafi, con il secondo degli interrogativi di fondo prospettati in apertura: quello riguardante l'obiettiva estensione della litiscrescenza come sopra definita nel contesto complessivo del processo *per formulas*, vale a dire - in una parola - la sfera d'applicazione del rimedio in esame e delle sue conseguenze⁷³.

4.1.1.3 Natura e contenuti delle azioni litis crescenti

Nelle poche parole che egli dedica all'istituto, come si è visto, Gaio riferisce che l'*infitiatio* del convenuto può condurre alla condanna nel doppio quale esito del giudizio in una serie di azioni specificamente individuate: l'*actio iudicati*, l'*actio depen-*

⁷³ Nel senso dell'opportunità di un ripensamento della consueta ricostruzione delle azioni litis crescenti, che prenda atto delle difficoltà collegate alla definizione del contenuto delle condotte in esame e ricerchi piuttosto la giustificazione storica del meccanismo processuale della condanna nel doppio, si esprime anche - in termini eloquenti - G. POLARA, *Gai. 4,9: alle radici del principio adversus infitiantem in duplum agimus*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, VI, Milano, 2007, p. 238: "Poiché il dibattito dottrinario si è incentrato sul fatto che *infitiando actio crescit in duplum* e di tal fatto si sono offerte ragioni diverse, [...] crediamo che l'unico modo per tentare di dare risposte ai tanti interrogativi e giustificare le motivazioni di eventuali dissensi, sia quello di percorrere il cammino all'indietro per capire quale fosse il regime a cui erano sottoposte le stesse fattispecie nel procedimento delle *legis actiones*".

si, l'*actio damni iniurae ex legis Aquilia* e l'*actio legatorum nomine, quae per damnationem certa relictæ sunt*.⁷⁴ Non sempre, dunque, la negazione della pretesa fatta valere dall'attore si risolve in un aggravio della condanna conseguente al raddoppio dell'ammontare della stessa, in quanto ciò può avvenire solo se ad essere contestata durante il corso del processo sia la pretesa azionata in determinati giudizi: in questi - e non in altri - l'ordinamento reagisce alla resistenza processuale col meccanismo sanzionatorio della litiscrescenza, mentre di regola il rifiuto del convenuto di riconoscere in giudizio le ragioni avversarie (doloso o meno che sia) non produce particolari conseguenze né in caso di vittoria né in caso di soccombenza, risolvendosi soltanto - in quest'ultima ipotesi - nella condanna (*in simplum*) della parte soccombente. L'avverbio *veluti*, con cui si apre nel testo l'elencazione dei giudizi in esame, ha indotto taluni a formulare l'ipotesi che la rassegna così prospettata debba invero considerarsi meramente esemplificativa e che le situazioni processuali in cui poteva oggettivamente operare la condanna nel doppio fossero quindi più numerose e variegiate rispetto a quelle espressamente risultanti dalla trattazione di Gaio.⁷⁵ In verità, l'unico caso di cui sembra lecito ipotizzare con ragionevole verosimiglianza l'appartenenza al novero delle azioni litis crescenti (nonostante l'estraneità al resoconto gaiano) è quello dell'*actio de modo agri*, la quale compare - al fianco degli altri giudizi sopra richiamati - in un passo delle *Pauli Sententiae* in cui l'elencazione gaiana viene per il resto riprodotta nei medesimi termini con cui essa compare nel manuale istituzionale⁷⁶ (peraltro con un analogo impiego dell'avverbio *veluti* potenzialmente indicante

⁷⁴ L'elencazione è quella contenuta nel già richiamato passo del manuale istituzionale: *Gai.* 4.9.171.

⁷⁵ In questo senso si veda - da ultimo - C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo*, cit., p. 43 ss., secondo la quale l'assenza di un intento esaustivo dell'elencazione in esame sarebbe testimoniata anche dalla analoga struttura dei precedenti elenchi delle azioni penali e di quelle ripercussorie, a loro volta caratterizzati dall'impiego dell'avverbio *veluti* e strutturati come semplici esemplificazioni didattiche. La tesi dell'elencazione puramente esemplificativa è sostenuta anche da L. MITTEIS, *Über das Nexum*, in *ZSS*, 22 (1919), p. 114 e B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., p. 50, nt. 172. Nel senso della tassatività si esprime invece M. VARVARO, *Osservazioni sull'apotesa esistenza di una legis actio per manus iniectioem in relazione al furtum manifestum*, in *AUPA*, 51, (2006), p. 16 e nt. 70.

⁷⁶ *Paul.Sent.* 1,19.1-2: *Quaedam actiones si a reo infitientur, duplantur, velut iudicati, depensi, legati per damnationem relictæ, damni iniuriarum legis Aquiliae, item de modo agri, cum a venditore emptor deceptus est. Ex his causis, quae in infitiatione duplantur, pacto decidi non potest.* La genuinità del richiamo a tale azione nel frammento in esame - in passato da più parti contestata (si veda ad es. LENEL, *Ed. Perpetuum*, 3, p. 109) - è stata più di recente riaffermata in M. KASER, *Das römische Privatrecht*, 2 Ed., I, 1971, p. 133 ss., né appaiono in questa sede particolari ragioni per metterla nuovamente in discussione. C. BUZZACCHI, *op. cit.*, p. 45 e nt. 15, pur senza mettere in dubbio la genuinità la frammento, ne contesta nondimeno la rilevanza ai fini della ricostruzione delle azioni litis crescenti sul

un elenco non chiuso)⁷⁷. Ulteriori ipotesi di azioni litiscreascenti sono poi testimoniate - accanto a quelle comprovabilmente classiche appena menzionate - dalle fonti tardo-antiche e da quelle giustinianee, ma si tratta quasi sicuramente - come da più parti persuasivamente argomentato⁷⁸ - del risultato di estensioni successive del meccanismo processuale della condanna aggravata determinatesi per effetto delle profonde e già accennate trasformazioni subite dall'istituto in seguito al declino dell'*ordo iudiciorum*.⁷⁹ Mancano invece, nonostante alcuni approfonditi tentativi di ricostruzione condotti in passato⁸⁰, delle testimonianze certe ed esegeticamente affidanti in ordine all'eventuale esistenza - in epoca classica - di ulteriori giudizi senz'altro caratterizzati dalla possibilità di una condanna nel doppio in caso di resistenza da parte del convenuto, delle quali non può pertanto affermarsi né escludersi l'esistenza senza una certa misura di libertà interpretativa. Allo stato delle fonti genuinamente utilizzabili, occorre anzi prendere atto che una ricostruzione compiuta e ragionevolmente attendibile delle azioni litiscreascenti in età formulare non appare possibile né ipotizzabile, dovendosi pertanto rinunciare ad ogni pretesa completezza d'indagine in ordine a questi giudizi e appagarsi piuttosto delle limitate ma obiettive coordinate sistematiche offerte sul punto dalla testimonianza di Gaio.⁸¹ Preso atto di siffatte circostanze

presupposto che esso testimoniarebbe invero unicamente il raddoppio della condanna derivante "direttamente dalla violazione della *lex Mancipi dicta* sul *modus*, secondo l'antica decemvirale nozione".

⁷⁷ Si noti - tra l'altro - come nel testo in esame il raddoppio della condanna della specifica ipotesi dell'*actio de modo agri* venga esplicitamente ricondotto alla circostanza che l'acquirente-attore abbia subito una frode ad opera del venditore-convenuto che resiste in giudizio (*cum a venditore emptor deceptus est*), così che l'opposizione di quest'ultimo alla pretesa azionata sembra configurarsi come una prosecuzione in sede processuale della malizia perpetrata sul piano sostanziale. Ciò che, oltre ad offrire un elemento aggiuntivo onde comprendere le ragioni della riconduzione di questo giudizio tra le azioni litiscreascenti, sembra indirettamente confermare la possibilità (sopra accennata) che l'*infittatio* processuale possa rivestire - in termini soggettivi - una connotazione essenzialmente dolosa.

⁷⁸ Si veda - per tutti e con speciale riguardo alle possibili spiegazioni di tale fenomeno in rapporto alla progressiva modificazione funzionale della condanna pecuniaria - G. ROTONDI, *Teorie postclassiche sull'Actio legis Aquiliae*, cit. e ID., *Litiscreascentia e Lex Aquilia*, in S.G. II, Milano, 1922, p. 413 ss.

⁷⁹ È il caso, in particolare, della condanna nel doppio nell'*actio auctoritatis*, nell'*actio redhibitoria* e nel giudizio di deposito nel caso del deposito "necessario" che appaiono testimoniate in *Inst.* IV,6,23-26). Sul punto, può rinviarsi a J. PAOLI, *Lis infittiendo crescit in duplum*, cit., pp. 13 ss. e alle considerazioni ivi effettuate nei capitoli seguenti in merito alla litiscreascentia nei singoli giudizi.

⁸⁰ In proposito, possono rammentarsi ad esempio le ricerche dello P.E. HUSCHKE, *Über das Recht des Nexums und das alte römischen Schuldrecht: eine rechtshistorische Untersuchung*, Leipzig, 1846. Per una rassegna più dettagliata delle più risalenti dottrine circa la sfera di applicazione della condanna nel doppio si rimanda ancora una volta a J. PAOLI, *op. ult. cit.*, pp. 14 ss.

⁸¹ C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo*, cit., pp. 44 e ss., ove si evidenzia correttamente come, in ragione di siffatta insufficienza dei riferimenti alla litiscreascentia contenuti nelle fonti, ogni tentativo di ricostruire forzatamente la sua sfera di applicazione oltre il dato testuale rischierebbe di tradursi in un'indebita derivazione del contenuto di tali azioni dalla nozione di *infittatio* anziché viceversa.

(e delle evidenti limitazioni esegetiche che alle stesse si accompagnano), non deve tuttavia ritenersi che la completezza o meno dell'elenco delle azioni litiscrecenti ricavabile dalle fonti condizioni a priori la corretta comprensione del meccanismo processuale ad esse collegato, né tanto meno che il carattere parziale delle informazioni disponibili precluda in radice la possibilità di ricavarne delle indicazioni utili in ordine al funzionamento del relativo meccanismo all'interno del processo. Il fatto stesso che un certo numero di azioni risulti accomunato in funzione del loro possibile sbocco nel raddoppio della condanna induce infatti a ritenere che - a prescindere dal fatto che la loro ricostruzione possa essere esaustiva - esista quanto meno un principio sottostante che ne giustifichi (specie nell'ottica di una trattazione elementare quale il manuale gaiano) la trattazione congiunta nonostante le differenze, vale a dire uno o più elementi comuni alle singole azioni accostate in questa sede idonei a motivare la possibilità - trasversale alle stesse - di un raddoppiamento della condanna della parte soccombente ove questa abbia resistito in giudizio alla pretesa dell'avversario. Ciò che conta in questa sede - in altri termini - non è tanto l'ampiezza del catalogo o la sua obiettiva estensione, quanto piuttosto (e più in generale) l'individuazione di ciò che giustifica la sua stessa emersione dal resoconto delle fonti, nel senso che alla varietà dei giudizi in questo modo raccolti occorre far corrispondere - in chiave storica e funzionale - un elemento di unità tra gli stessi costituito dalle ragioni (a propria volta storiche e funzionali), che motivano il particolare significato assunto dall'*infinitio* all'interno dei medesimi e le conseguenze processuali da quest'ultima derivanti.

Nel ricercare ciò che accomuna o che avvicina tra loro i differenti giudizi di cui si tratta in questa sede, la prima circostanza che appare manifesta - e risulta in quanto tale meritevole di menzione - è che l'elenco delle azioni con condanna nel doppio come appena ricostruito in termini generali corrisponde esattamente (se non nella forma quanto meno nei contenuti) a quello formulato da Gaio - in apertura del quarto Commentario - in merito alle azioni che mirano al contempo a una cosa e a una pena:

Gai. 4.6-9

6. *Agimus autem interdum, ut rem tantum consequamur, interdum ut poenam tantum, alias ut rem et poenam.* 7. *Rem tantum persequimur velut actionibus, quibus ex con-*

tractu agimus. 8. Poenam tantum persequimur velut actione furti et iniuriarum et secundum quorundam opinionem actione vi bonorum raptorum; nam ipsius rei et vindictio et condictio nobis conpetit. 9. Rem vero et poenam persequimur velut ex his causis, ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus; quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae, aut legatorum nomine, quae per damnationem certa relictæ sunt.

Classificando le azioni a seconda delle finalità dalle stesse perseguite, il giurista evidenzia come - accanto ai giudizi che tendono unicamente al conseguimento di un diritto e a quelli che mirano in maniera esclusiva all'attuazione di una *poena* - esistono anche delle azioni - di carattere misto⁸² - che perseguono al tempo stesso ambedue gli obiettivi (*rem vero et poenam*), e precisa ulteriormente che in quest'ultima categoria rientrano senz'altro, a titolo esemplificativo, le cause *ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus*, la cui successiva elencazione riproduce appunto con assoluta fedeltà quella risultante dai paragrafi conclusivi della trattazione gaiana dedicata al processo in cui tali giudizi sono inclusi dal giurista tra i rimedi nei confronti dei litiganti temerari. Al di là delle molteplici incertezze in ordine alla definizione concettuale delle azioni miste e alla loro esatta collocazione nel quadro complessivo del processo formulare⁸³, è significativo osservare come per il tramite del riferimento in

⁸² Da ciò la tradizionale qualificazione dei giudizi in esame come azioni "miste", secondo una terminologia estranea al diritto classico ma nondimeno efficace nell'evidenziare il tratto distintivo di tali mezzi processuali consistente nella loro idoneità a realizzare al tempo stesso una funzione sanzionatoria (ossia penale in senso lato) e una funzione *lato sensu* recuperatoria (o *reipersecutoria*) nel senso della soddisfazione dell'interesse dell'attore o della reintegrazione del suo patrimonio. La letteratura riguardante le azioni miste così definite e, più in generale, la classificazione gaiana dei *genera actionum* è pressoché sterminata. In questa sede ci si limita pertanto a rinviare - senza pretesa di completezza - a M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München, 1971, pp. 501 ss.; D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht: Zur Geschichte der der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe*, Göttingen, 1972, pp. 263 ss.; E. BETTI, *Diritto Romano, Parte generale*, Padova, 1935, pp. 554 ss.; H. ANKUM, *Actions by which we claim a thing (res) and a penalty (poena) in classical roman law*, in *BIDR*, 24 (1982), pp. 15 ss. e ID., *St. Thomas* 1982, pp. 4 ss.; P. LEVY, *Privatstrafe und Schadensersatz im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1915; P. VOCI, *Risarcimento e pena privata nel diritto civile romano*, Milano, 1939, *passim*.

⁸³ È noto, infatti, come la classificazione gaiana di questo genere di azioni, così come le concrete implicazioni dalla stessa ricavabili, siano stati oggetto - anche in un passato relativamente recente - di ampie critiche e contestazioni, che in alcuni casi si sono spinte addirittura a mettere in discussione l'attendibilità sul punto del resoconto istituzionale (in questo senso, tra gli altri, F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, p. 589). Per quanto tali dubbi sembrino essere almeno in parte fugati dalle indagini più recenti, la questione di fondo rimane peraltro aperta e notevolmente dibattuta, specie con riguardo al coordinamento di tale nozione con la dottrina espressa da Gaio in altri luoghi del manuale

oggetto Gaio non si limiti ad istituire un collegamento indiretto tra questo genere di giudizi e la successiva trattazione delle azioni litis crescenti (che pure - ancorché susseguente nell'ordine del manuale - non contiene riferimenti a siffatto parallelismo), ma sembri al contempo attribuire a queste ultime, riconducendole espressamente alla più ampia categoria delle azioni miste, una precisa qualificazione sotto il profilo funzionale, che non risulterebbe altrimenti ricavabile - con altrettanta evidenza - dalla loro trattazione nel luogo del manuale ad esse specificamente dedicato: qualificazione funzionale che, alla luce della descritta definizione gaiana delle azioni miste come giudizi che uniscono a una funzione compensativa dell'interesse di chi agisce uno scopo *lato sensu* repressivo della condotta avversaria, non può che consistere nel riconoscimento alla condanna nel doppio collegata all'*infittatio* nei giudizi in esame di una specifica funzione sanzionatoria delle condotte processuali così qualificate, la quale si affianca in tal senso alla finalità ordinaria perseguita dal giudizio (in assenza di *infittatio*) e attribuisce allo stesso - nei medesimi casi - una struttura composita. Se le azioni nelle quali la resistenza del convenuto può condurre a una condanna nel doppio altro non sono - nella ricostruzione di Gaio - che giudizi misti nella suesposta accezione, ciò significa in altri termini che nei medesimi casi la *res* sostanziale a cui mira l'attore si identifica con la condanna *in simplum* pronunciata dal giudice qualora il convenuto non si opponga alla pretesa, mentre l'incremento della condanna in caso di resistenza da parte dello stesso costituisce la componente repressiva (eventuale ed accessoria) che si affianca - con funzione di *poena* - all'esito ordinario a cui tende il giudizio⁸⁴. Né può escludersi a priori, come taluni hanno anzi suggerito sulla scorta della sostanziale coincidenza tra i due elenchi di azioni, che il significato classico dei giudizi «misti» corrispondesse da vicino alla struttura caratteristica delle azioni litis crescenti, non alludendo tanto (come comunemente si afferma) alla contestuale realizzazione di una pena e di una finalità sostanziale, quanto piuttosto alla possibilità che in determinate circostanze alla condanna ordinaria corrispondente al giudizio si

e ai suoi rapporti con l'analoga (ma concettualmente distinta) categoria delle *actiones mixtae* di matrice giustinianea. Ulteriori riferimenti alla letteratura sul punto e alle diverse opinioni manifestatesi in proposito può rinviarsi ancora una volta a C. BUZZACCHI, *Abuso del processo*, cit., p. 64 e Ntt. 77 e 78

⁸⁴ Sintomatica di tale autonoma e specifica valenza sanzionatoria, che si affianca in forma cumulativa alla *rei persecutio*, appare in particolare la singolare qualificazione dell'*actio ex lege Aquilia* come giudizio penale nonostante quest'ultima tenda primariamente alla reintegrazione del danno, al punto che nelle fonti ritorna non di rado l'esclusione - tipicamente penale - del suo carattere cumulativo.

aggiungesse un'ulteriore ed aggravata sanzione di natura processuale, come avviene appunto nelle azioni con condanna nel doppio in caso di *infitiatio* da parte del convenuto, nelle quali potrebbero in questo senso individuarsi - al tempo stesso - il paradigma storico di questo genere di giudizi e la giustificazione della peculiare tripartizione introdotta da Gaio con riguardo al contenuto dell'interesse perseguito.⁸⁵

Una volta preso atto della funzione in senso lato penale delle azioni litis crescenti, indirettamente ricavabile dalla loro identificazione con giudizi finalizzati a una *res* e a una *poena*, rimane tuttavia da chiarire per quali ragioni siffatta funzione non si esprima in generale in qualsivoglia processo ma unicamente in relazione ad un numero di giudizi obiettivamente finito e preventivamente determinato (più o meno coincidente con l'elencazione fornita - nei medesimi termini - in *Gai* 4.9 e 4.171), vale a dire quali conseguenze possano essere ricavate - in punto di ricostruzione di tale funzione penale e dei comportamenti processuali a questa collegati - dalla circostanza che la condanna nel doppio a carico del convenuto operasse in queste tipologie di giudizi piuttosto che in altri. Nella già evidenziata carenza di indicazioni più specifiche ricavabili dalle fonti, una possibile risposta a simili interrogativi e ai loro corollari non può che discendere, come riconosciuto del resto anche nelle più recenti ricerche dedicate al problema, da una più ampia valutazione dei giudizi interessati in prospettiva storica, ossia dal tentativo di individuarne - in chiave diacronica - gli elementi qualificanti e i profili condivisi che appaiono giustificare (nonostante le differenze per altri aspetti determinatesi in un secondo momento) la comune connessione con la sanzione processuale di cui si tratta in queste pagine.⁸⁶ È del resto la stessa

⁸⁵ A rilevare l'anomalia della suddetta tripartizione gaiana (e in particolare della categoria "*composita*" delle azioni miste), ipotizzando su tali basi la connessione della stessa con la struttura caratteristica dei giudizi litis crescenti, fu innanzitutto B. ALBANESE, voce "*Illecito*" (*Storia*), in *Enc. Dir.*, XX, Torino, 1970, pp. 50-90 (oggi anche in ID., *Scritti giuridici*, I, Palermo, 1991, pp. 793-833). Cenni alla problematica anche in P. VOCI, *Azioni penali e azioni miste*, in *SDHI*, 64 (1998), pp. 1-46 ed ID., *Risarcimento del danno e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939, pp. 94 ss. Per più estesi riferimenti alle possibili connessioni tra i giudizi *quae infitiando crescunt in duplum* e la tradizionale categoria delle azioni miste si veda ancora, anche con riguardo alla precedente letteratura romanistica, C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo*, cit., pp. 66 ss.

⁸⁶ Sia G. POLARA, *Alla radice del principio «adversus infitiantes in duplum agimus»*, cit., pp. 238 ss. che C. BUZZACCHI, *Abuso del processo*, cit., pp. 72 ss. muovono in questo senso dal presupposto condiviso che la funzione della sanzione collegata alla litis crescenza nel processo formulare vada individuata prima di tutto nella prospettiva storica di un'origine comune dei giudizi di cui trattasi, e procedono dunque a ritroso - ciascuno sulla base di autonomi argomenti ma con risultati almeno in parte concordanti - all'individuazione della loro matrice nell'evoluzione storica dell'*ordo iudiciorum*. Nel senso della necessità di individuare un "denominatore comune" alle azioni in tal modo individuate on-

testimonianza del manuale gaiano che - insieme ad altri indizi contenuti nelle fonti - sembra autorizzare una ricostruzione di questo tipo, legittimando indirettamente il suddetto tentativo di identificare un sostrato storicamente comune alle diverse azioni con condanna nel doppio. Se si esaminano i paragrafi da 21 a 25⁸⁷ del quarto Commentario delle Istituzioni classiche, in cui il giurista accenna - come ben noto - ad alcuni profili dell'antica procedura delle *legis actiones*, ci si avvede infatti che molte delle situazioni processuali a cui Gaio riconduce - in età formulare - il meccanismo condannatorio della litiscrescenza corrispondano a quelle che - nel suo resoconto - costituivano in origine il campo di applicazione della *legis actio per manus iniectio-nem*: se questo è senza dubbio il caso dell'*actio iudicati* e dell'*actio depensi*⁸⁸, a cui il giurista riferisce espressamente l'applicabilità originaria o l'estensione successiva dell'azione di legge (risp. Gai. 4.21 e 4.22), maggiori incertezze sembrano invero sussistere con riguardo alla rimanenti azioni con condanna nel doppio, posto che per le stesse (e per altri giudizi) Gaio si limita a testimoniare di ulteriori estensioni della

de chiarirne il regime processuale si esprime anche E. BIANCHI, *La temerarietà nelle Istituzioni di Gaio*, cit., p. 264. Sull'esistenza di un simile elemento di connessione fra i diversi giudizi si veda anche C. SELL, *Von den causis*, cit., p. 45; ed A. RUDORFF, *Über die Litiscrescenz*, cit., p. 301, *in finem*.

⁸⁷ 21. *Per manus iniectio-nem aequae de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est, uelut iudicati lege XII tabularum. Quae actio talis erat: qui agebat, sic dicebat: QVOD TV MIHI IVDICATVS sive DAMNATVS ES SESTERTIVM X MILIA, QVANDOC NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIVM X MILIVM IVDICATI MANVM INICIO*, et simul aliquam partem corporis eius predebatur; nec licebat iudicato manum sibi depellere et pro se lege agere, sed vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat. Qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et vinciebatur. 22. *Postea quaedam leges ex aliis quibusdam causis | pro iudicato manus iniectio-nem in quosdam dederunt, sicut lex Publilia in eum, pro quo sponsor dependisset, si in sex mensibus proximis, quam pro eo dependens esset, non soluisset sponsori pecuniam; item lex Furia de sponsu aduersus eum, qui a sponsore plus quam uirilem partem exegisset, et denique conplures aliae leges in multis causis talem actionem dederunt. 23. Sed aliae leges ex quibusdam causis constituerunt quasdam actiones per manus iniectio-nem, sed puram, id est non pro iudicato, uelut lex Furia testamentaria aduersus eum, qui legatorum nomine mortis ue causa plus M assibus cepisset, cum ea lege non esset exceptus, ut ei plus capere liceret; item lex Marcia aduersus faeneratores, ut si usuras exegissent, de his reddendis per manus iniectio-nem cum eis ageretur. 24. Ex quibus legibus et si quae aliae similes essent cum agebatur, manum sibi depellere et pro se lege agere reo licebat. Nam et actor in ipsa legis actione non adiciebat hoc uerbum PRO IVDICATO, sed nominata causa, ex qua agebat, ita dicebat: OB EAM REM EGO TIBI MANVM INICIO; cum hi, quibus pro iudicato actio data erat, nominata causa, ex qua agebant, ita inferebant: OB EAM REM EGO TIBI PRO IVDICATO MANVM INICIO. Nec me praeterit in forma legis Furiae testamentariae PRO IVDICATO uerbum inseri, cum in ipsa lege non sit; quod videtur nulla ratione factum. 25. Sed postea lege Vallia, excepto iudicato et eo, pro quo dependens est, ceteris omnibus, cum quibus per manus iniectio-nem agebatur, permissum est sibi manum depellere et pro se agere.*

⁸⁸ Il collegamento storico tra le due azioni formulari e lo schema originario della *manus iniectio* è testimoniata ad es. da F. LA ROSA, *L'actio iudicati nel diritto romano classico*, Milano, 1963, pp. 83 ss. Nello stesso senso e per ulteriori approfondimenti si veda C. BUZZACCHI, *Studi sull'actio iudicati*, Milano, 1966, *passim* ed Id., *L'abuso del processo*, cit., pp. 72 ss.

stessa *legis actio* mediante leggi successive - in via analogica (*pro iudicato*) ovvero nella più recente forma di *manus iniectio pura*⁸⁹ - senza precisare univocamente se ed in quali termini esse abbiano riguardato le procedure in esame. Nonostante in passato non siano mancati in proposito discussioni e contrasti, la dottrina più recente risulta tuttavia oramai concorde nel senso di riconoscere la riconducibilità storica al meccanismo processuale della *manus iniectio* anche nel caso dell'azione testamentaria volta a far valere un legato *per damnationem*⁹⁰, oltre che (secondo alcuni) in quello della stessa *actio de modo agri* che si è visto poter essere verosimilmente accostata alle elencazioni esemplificative di Gai. 4.9 e 4.171⁹¹. Pressoché certa - pur nella varietà delle tesi e delle ricostruzioni storiche a tal riguardo proposte⁹² - appare inoltre l'esperibilità originaria della procedura in esame nel caso specifico dell'*actio damni iniuriarum datum ex lege Aquilia*, specie in considerazione del fatto che la relativa pretesa nei confronti del danneggiante sarebbe stata espressa (almeno in origine) con la formula tipizzata *damnas esto dare* caratteristica delle pretese azionabili con tale mezzo processuale.⁹³ Considerata la singolare coerenza delle fonti nel ricondurre il

⁸⁹ Così si definisce comunemente - sulla scorta della terminologia in Gai. 4.23 - la variante dell'antico schema tavolare della *m.i.* introdotta in origine dalla *lex Furia testamentaria* e caratterizzata dalla possibilità per il convenuto di contestare la pretesa (*depellere manum*) e iniziare a sua volta un giudizio di accertamento. Sul punto può rinviarsi a G. NICOSIA, *La 'manus iniectio': dal regime originario a quello della 'manus iniectio pura'*, in *Atti Copanello* - 1992, Napoli, 1994, p. 164.

⁹⁰ Si vedano - per tutti - G. PUGLIESE, *Le legis actiones: Corso di diritto romano - Anno accademico 1961-62*, Roma, 1962, p. 308 e M. KASER, *Unmittelbare Vollstreckbarkeit und Bürgenregreß*, in *ZSS*, 100 (1983), pp. 133 e ss. Per la più risalente (ed ormai superata) opinione contraria può invece rinviarsi a L. MITTEIS, *Über das Nexus*, cit., pp. 40 ss.

⁹¹ In questo senso - tra gli altri - B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, 2 ed., Palermo, 1993, p. 50: "Infine è probabile che sia esistita anche una *manus iniectio* - non si sa se *pro iudicato* o *pura* - a favore del *mancipio accipiens*, contro il *mancipio dans* che, nell'alienazione a titolo oneroso di un fondo avesse, con apposita *lex dicta*, assicurato al *mancipio accipiens* una determinata estensione del fondo, nel caso in cui l'estensione effettiva fosse risultata minore [...]".

⁹² Per quanto a giudizio dei più l'applicazione della procedura in esame nell'ipotesi della responsabilità aquiliana sarebbe verosimilmente avvenuta nella forma derivativa di una *manus iniectio pro iudicato*, non è mancata in particolare l'ipotesi - sostenuta in particolare dall'ALBANESE (*Il processo privato romano*, cit., p. 49) - per cui nei medesimi casi l'azione in esame sarebbe stata concessa fin dal principio nella variante *pura*. Sul punto vedasi ad es. E. BIANCHI, *La temerarietà nelle Istituzioni di Gaio*, cit., pp. 266 ss., ove si riporta tra l'altro la letteratura che ha contestato quest'ipotesi ricostruttiva.

⁹³ Sull'applicabilità della *m.i.* (in una delle sue forme) ai casi contemplati dalla *lex Aquilia* possono richiamarsi - tra gli altri - i contributi di: M.A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische civilprozeß*, I. *legis Actiones*, Bonn, 1864, p. 163; V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con «demonstratio» e la loro origine*, in *Studi economico-giuridici editi per cura della Facoltà di Giurisprudenza di Cagliari*, 1912, p. 75; J. PAOLI, *Lis in tiando crescit in duplum*, cit., p. 95 s.; M. KASER, *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949, p. 132 s., ID., *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 133; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano - Le legis actiones*, Roma, 1962, p. 152; ID., *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1990, p. 75; B. ALBANESE, *Il processo privato roma-*

regime delle azioni litiscrecenti all'antica disciplina della *manus iniectio* (e al netto della inevitabile incompiutezza delle stesse quanto all'esatta definizione dei contenuti di quest'ultima), appare di conseguenza lecito - oltre che ragionevole - ipotizzare che il fondamento storico alla base della condanna nel doppio nei medesimi giudizi possa essere individuato nella comune ascendenza delle diverse azioni così unificate nel primogenito rituale della suddetta *legis actio*, ossia che la caratteristica processuale dell'aggravamento della condanna in caso di *infittatio* si giustifichi in ragione della particolare rilevanza di quello stesso comportamento all'interno dei giudizi in quella forma azionati.⁹⁴ Ciò che richiede evidentemente di approfondire - nei limiti consentiti dalla presente indagine - le concrete caratteristiche e il regime processuale di quella forma d'azione, onde valutare quali indizi possano eventualmente ricavar-sene in ordine al significato della resistenza processuale negli stessi giudizi e così alle ragioni della condanna nel doppio nelle azioni formulari con siffatta caratteristica. Lo svolgimento procedurale della *legis actio per manus iniunctionem*, come ricavabile dalle non numerose testimonianze delle fonti disponibili al riguardo (fra cui la già richiamata descrizione della formula contenuta in *Gai.* 4,21-25)⁹⁵, è essenzialmente il seguente: decorso un termine di trenta giorni riconosciuto al debitore per adempiere

no delle *legis actiones*, Palermo 1987, p. 50 s.; R. CARDILLI, *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Napoli 2016, pp. 200 ss. Ulteriori riferimenti bibliografici sono forniti da M. VARVARO, *Gai. 4,21 e la presunta manus iniectio ex lege Aquilia*, in *AUPA*, 59 (2016), pp. 335 ss.

⁹⁴ Si noti tra l'altro, come già anticipato, che la correlazione tra il regime classico della litiscrecenza e l'originario fondamento dei relativi giudizi nella *m.i.* appare per certi versi confermata - se non altro indirettamente - anche dalle testimonianze delle fonti letterarie. In tale senso sembra deporre, in modo particolare, il noto passo del *De officiis* di Cicerone relativo alle *nuncupationes* (3.16.65), secondo il quale "*cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infittatus esset, dupli poena subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta*", dal che sembra anzi potersi ricavare che il riferimento all'*infittatio* e al conseguente raddoppiamento della condanna nei confronti del convenuto comparisse direttamente nella formula del testo decemvirale.

⁹⁵ Alcune rilevanti indicazioni con riguardo al contenuto dell'azione ed al tenore della formula, peraltro largamente concordanti con la testimonianza gaiana, possono inoltre ricavarsi da Aulo Gellio, *Noctes Atticae*, 20.1.42-45, ove al richiamo delle parole decemvirali si aggiunge una sintetica ma significativa rappresentazione del contesto in cui l'azione è esperita: "42. *Confessi igitur aeris ac debiti iudicatis triginta dies sunt dati conquirendae pecuniae causa, quam dissoluerent, eosque dies decemviri "iustos" appellaverunt*, 43. *Velut quoddam iustitium, id est iuris inter eos quasi interstitutionem quandam et cessationem, quibus diebus nihil cum his agi iure posset*. 44. *Post deinde, nisi dissolverant, ad praetorem vocabantur et ab eo, quibus erant iudicati, addicebantur, nervo quoque aut compedibus vinciebantur*. 45. *Sic enim sunt, opinor, verba legis: AERIS CONFESSI REBUSQUE IURE IUDICATIS TRIGINTA DIES IUSTI SUNTO. POST DEINDE MANUS INIECTIO ESTO, IN IUS DUCITO. NI IUDICATUM FACIT AUT QUIS ENDO EO IN IURE VINDICIT, SECUM DUCITO, VINCITO AUT NERVO AUT COMPEDIBUS. QUINDECIM PONDO NE MINORE AUT SI VOLET MAIORE VINCITO. SI VOLET, SUO VIVITO. NI SUO VIVIT, QUI EUM VINCTUM HABEBIT, LIBRAS FARRIS ENDO DIES DATO. SI VOLET, PLUS DATO*".

all'obbligo o predisporre al giudizio, l'altra parte poteva procedere a un'apprensione materiale (*manus iniectio*) nei confronti dell'avversario onde condurlo forzatamente al cospetto del magistrato e far valere in quella sede le ragioni del suo credito. Se all'esito di tale procedura il convenuto rifiutava nuovamente di adempiere al suo obbligo o di fornire garanzie, l'attore (nella cui disponibilità egli già si trovava) era libero di trascinarlo in catene fino a casa propria e - salvo il rispetto di alcuni adempimenti formali precisamente stabiliti - di soddisfarsi direttamente sulla persona dello stesso uccidendolo o vendendolo.⁹⁶ Nel regime originario della *manus iniectio* così definita, testimoniato da Gaio con speciale riferimento alla variante della stessa esercitata nei confronti di chi avesse già subito un precedente giudizio (*m.i. iudicati*), alla parte convenuta con tale severa procedura non era nemmeno consentito di liberarsi dal vincolo così stabilito rigettando l'apprensione materiale esercitata dall'avversario (*manum depellere*), potendo unicamente ricercare il sostegno un terzo (detto *vindex* e soggetto a specifici requisiti di capacità patrimoniale⁹⁷) disposto ad assumere nel suo interesse la qualità di garante rispetto alla pretesa in questo modo affermata. Soltanto in un secondo momento - stando al resoconto delle fonti - si ammise attraverso ulteriori interventi legislativi⁹⁸ che il convenuto contestasse personalmente la legittimità dell'azione instaurando a propria volta un giudizio di accertamento, ma anche in quest'epoca il rigoroso regime originario fu conservato quanto meno per l'ipotesi del *iudicatus* e per quella del *depensum* corrispondenti al paradigma storico della *manus iniectio*. Ed è proprio in relazione alla figura del *vindex* ed al ruolo da questi assunto all'interno del processo che sembra potersi spiegare l'origine del meccanismo tecnico della litiscrescenza, posto che in caso di mancata soddisfazione della pretesa principale il creditore poteva verosimilmente agire anche nei confronti di quest'ultimo con separato giudizio (forse nelle forme ordinarie della l.a. *sacramento in perso-*

⁹⁶ Per una più compiuta ricostruzione della procedura *per manus iniunctionem* nelle diverse fasi del suo sviluppo storico e per una serie di ipotesi circa i suoi possibili rapporti con le altre *legis actiones* dirette ad azionare una pretesa *in personam* si rinvia in particolare a C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo formulare*, Torino, 1982, p. 35 ss. Più risalente, ma non meno approfondito, il resoconto sul punto di G. PUGLIESE, *Processo civile romano*, I, cit., p. 313 ss.

⁹⁷ Secondo quanto ricavabile da *Tab. I,4* doveva trattarsi quanto meno di un proprietario terriero.

⁹⁸ C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, cit., p. 38 osserva tra l'altro come ambedue i provvedimenti richiamati in proposito nel resoconto gaiano (la *lex Furia* testamentaria e una *lex Marcia* non meglio identificabile), a cui si attribuisce comunemente l'introduzione della *manus iniectio* nella sua forma *pura*, sono notevolmente posteriori rispetto all'epoca in cui si colloca l'emersione del rimedio.

*nam*⁹⁹), determinandosi così - in caso di soccombenza dello stesso - la pronuncia di una seconda condanna del medesimo ammontare di quella inizialmente prevista nel giudizio in cui il *vindex* si inserisce.¹⁰⁰ Meccanismo che, una volta venuta meno per alcuni giudizi la necessità della prestazione di un garante, dev'essersi esteso anche all'opposizione esercitata direttamente dal convenuto nel giudizio instaurato dopo il *manum depellere*, finendo in questo senso per colpire - senza bisogno dell'intermediazione di terzi - la resistenza manifestata dallo stesso alla pretesa azionata con la precedente *manus iniectio*.¹⁰¹ Non soltanto, dunque, nei giudizi in esame la pretesa azionabile riceveva una tutela di particolare immediatezza - corrispondente nella sostanza a quella caratteristica di un'azione esecutiva - ma poteva anche condurre - per il tramite del descritto meccanismo del accumulo delle condanne (dapprima nei confronti del garante e quindi dello stesso convenuto) - ad un notevole aggravio delle conseguenze dell'obbligo fatto valere dall'attore, al punto da equivalere negli effetti ad un duplice esercizio nei confronti del debitore dell'azione *in personam*. Considerati questi caratteri della *manus iniectio* (valutata quanto meno nella sua forma originaria), è dunque verosimile che le pretese azionabili con questa forma di giudizio dovessero anticamente presentare una peculiare connotazione di pubblicità e di certezza, vale a dire un livello di incontrovertibilità socialmente percepita tale da rendere superfluo il loro concreto accertamento in sede processuale e da giustificare - nelle forme suddette - un accesso immediato all'esecuzione coattiva.¹⁰² Nonostante le di-

⁹⁹ È questa in particolare la tesi sostenuta da G. POLARA, *Alla radice del principio «adversus infitiantem in duplum agimur»*, cit., p. 247 e 251 ss., il quale mostra tra l'altro di non condividere le opinioni di altra parte della dottrina secondo le quali le ragioni della duplicazione della condanna andrebbero ricercate piuttosto in circostanze diverse dall'intervento del *vindex* nella procedura principale.

¹⁰⁰ Non appaiono quindi del tutto coerenti le ricostruzioni di quegli autori che individuano nella litiscrescenza della *m.i.* una sanzione nel doppio nei confronti del *vindex*, dal momento che il raddoppio complessivo della sanzione appare piuttosto il risultato della concorrenza tra i due giudizi (entrambi con *condemnatio simpliciter*) separatamente esercitati nei confronti del garante. Di litiscrescenza direttamente applicabile nel giudizio contro il *vindex* discute in particolare C.A. CANNATA, *Profilo*, cit., p. 39, ma un'analoga conclusione può ritenersi sottesa anche alla sintesi dell'ALBANESE, *Il processo*, cit. In senso contrario, come già evidenziato, si esprime in particolare G. POLARA, *op.ult.cit.*, *passim*. Per la ricerca di alcuni appigli testuali della matrice storica della litiscrescenza nella responsabilità originaria del *vindex* si veda M. VARVARO, *Osservazioni sulla pretesa esistenza di una legis actio per manus iniectioem in relazione al furtum manifestum*, in *AUPA*, 51 (2006), p. 15 e Nt. 67.

¹⁰¹ In questo senso, può rinviarsi alle considerazioni di E. BIANCHI, *La temerarietà*, cit., pp. 263 ss., il quale ipotizza in particolare come in questo caso la "doppia" pretesa avanzata dall'attore fosse "legittimata dalla coincidenza fra il *vocans* e il *vocatus* resistente nella *l.a. sacramento in personam*".

¹⁰² C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, cit., pp. 39 ss. si riferisce - per i medesimi casi - ad un peculiare regime di "notorietà della causa" che avrebbe sufficientemente garantito il convenuto contro i possibili abusi dell'attore, nonostante a quest'ultimo fosse di fatto consentito di disporre direttamente

vergenze manifestate su altri punti, è in effetti opinione largamente condivisa che tutte le pretese originariamente azionabili con la *m.i.* (in una delle sue forme) e dunque caratterizzate, ancora in età formale, dal regime della condanna nel doppio, possano ritenersi accomunate - se non altro in prospettiva storica - da un particolare grado di rilevanza giuridica e di certezza esecutiva. Se questo è senza dubbio il caso nell'ipotesi dell'*actio iudicati* e dell'*actio depensi*, nelle quali l'accesso diretto all'esecuzione forzata si giustifica evidentemente per l'esistenza di un precedente atto di rilevanza pubblica attestante la pretesa (rispettivamente la condanna in un giudizio già concluso e la promessa solenne effettuata dal debitore principale rimasto inadempiente nei confronti del garante¹⁰³), lo stesso sembra potersi affermare - su basi del tutto analoghe - anche per la pretesa fatta valere dal beneficiario diretto di un *legatum per damnationem*, posto che la formula rituale con cui questa specie di legato era formalmente disposta (*heres meus...dare damnas esto*¹⁰⁴), insieme alle modalità con le quali si attuava in origine la liberazione dell'erede dalla relativa obbligazione (corrispondenti ancora una volta alle antiche forme della *solutio per aes et li-*

della sua persona nelle rigorose forme dell'apprensione processuale. In termini analoghi si esprime anche B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., p. 49 ss., il quale - seppur con riguardo ad alcune soltanto delle situazioni esaminate - si riferisce alle stesse come a pretese "assolutamente incontrovertibili e, quindi, degne di immediata tutela con la *manus iniectio*". In G. POLARA, *Gai 4,9: Alle radici del principio adversus infitiantem in duplum agimus*, cit., p. 249 si parla invece, con accezione del tutto simile, di un procedimento "che riposa su cause note alla collettività", ove già F. BUONAMICI, *La storia della procedura civile romana*, Pisa, 1866, p. 66 individuava alla base di tali giudizi "uno speciale impegno di fede" idoneo a giustificare il particolare rigore della loro disciplina.

¹⁰³ Sulla natura e i contenuti dell'*actio depensi*, esercitabile dal garante nei confronti del debitore principale per il regresso di quanto in suo favore versato, sussistono in dottrina notevoli incertezze che riguardano in particolare lo svolgimento del giudizio e i suoi rapporti con l'antica liberazione del debitore mediante il rituale solenne della *solutio per aes et libram* (in proposito può rinviarsi tra gli altri a M. KASER, *Unmittelbare Vollstreckbarkeit*, cit., p. 100 ss. e ID., *Das altrömische Ius*, cit., p. 131 ss.). Appare tuttavia quanto meno verosimile che l'originaria riconduzione del relativo giudizio al rigoroso modello della *m.i.* possa spiegarsi alla luce del fatto che i debiti così garantiti fossero probabilmente quelle anticamente costituiti nelle solenni - e tutt'ora non del tutto definite - forme librali caratteristiche del *nexum*, le quali non potevano che sottendere - al pari del correlativo negozio di adempimento della *nexi liberatio* - una previa e puntuale notorietà in capo alle parti (creditore, debitore principale e garante) in ordine all'esistenza e all'ammontare del credito azionato. Sul punto può rinviarsi alle considerazioni di C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, cit., p. 42 ss. e B. ALBANESE, *Il processo privato*, cit., Ntt. 127-128. Per la problematica ricostruzione della figura del *nexum* si veda J.J. BACHOFEN, *Das nexum, die nexi und die lex Petillia: eine rechtshistorische Abhandlung*, Neukirch, 1843.

¹⁰⁴ Più ampie considerazioni circa l'etimologia dell'espressione, il suo possibile impiego per indicare la risoluzione stragiudiziale delle controversie nel contesto dell'originaria comunità cittadina, e le sue eventuali correlazioni con la più specifica nozione di *condemnatio* nel processo decemvirale in M. KASER, *Unmittelbare Vollstreckbarkeit*, cit., pp. 114 ss. e ID., *Das altrömische Ius*, cit., p. 124.

*bram*¹⁰⁵) sembrano suggerire - anche in questo caso - che la posizione azionata assumesse una particolare connotazione pubblicistica e con essa una valenza immediatamente esecutiva comune a quella dei giudizi già citati.¹⁰⁶ Considerazioni paragonabili possono infine valere, sia pur tra le maggiori incertezze evidenziate in dottrina quanto alla giustificazione dell'esecuzione diretta e alla forma della *m.i.*¹⁰⁷, anche per il credito nascente dalla responsabilità aquiliana, rispetto al quale il principale indizio di una continuità con le altre azioni, e quindi di un'eseguibilità diretta della pretesa mediante *manus iniectio*, sembra consistere - ancora una volta - nell'impiego da parte delle fonti della locuzione *damnas esto* e dell'aggettivo *damnatus*¹⁰⁸ in relazione alla posizione dell'obbligato e così del convenuto nell'azione corrispondente. Né appare utile rilevare - a questo proposito - che il grado di certezza e di incontestabilità della relativa pretesa così come azionabile in età formulare appare notevolmente più dubbio e discutibile rispetto a quello caratteristico dei rimanenti giudizi (e in particolare della situazione del giudicato e di quella del *depensum*), posto che la presenza della *damnatio* e l'originaria esperibilità della *manus iniectio* è sufficiente ad indicare - in prospettiva storica - come il credito nascente dal *damnum iniuria datum* fosse originariamente percepito (al pari degli altri) come situazione munita di una peculiare solennità o rilevanza sociale¹⁰⁹, a prescindere dal fatto che quest'ultima abbia in parte

¹⁰⁵ *Gai.* 3.175; Sul punto anche E. BIANCHI, *La temerarietà nelle Istituzioni di Gaio*, cit., p. 266

¹⁰⁶ In questo senso sembra esprimersi in particolare M. KASER, *Unmittelbare Vollstreckbarkeit*, cit., pp. 112 ss., ove si rileva tra l'altro (senza particolari approfondimenti) come - a seguito della *lex Valia* - la litiscrescenza nel giudizio in oggetto avrebbe perduto il suo originario significato di sanzione "esecutiva" per la contestazione processuale di una pretesa incontrovertibile per assumere valenza più generica ed extraprocessuale di una pena per l'ingratitude dell'erede nei confronti del legatario: "Ebenso die Litiskreszenz, diese aber mit einem Funktionswechsel: Sie wird nicht mehr als Prozeßstrafe für die Bestreitung von Unbestreitbarem verstanden, sondern als Strafe für den Undank des vom Testator mit der Erbschaft Beschenkten, der sich grundlos der Herausgabe zu entziehen sucht".

¹⁰⁷ Si è già visto, in particolare, come tra coloro che si sono occupati del problema sia largamente dibattuto se la corrispondente pretesa fosse inizialmente azionabile nella forma originaria della *m.i. pura* o debba piuttosto considerarsi riconducibile alla variante posteriore della *m.i. pro iudicato*.

¹⁰⁸ La testimonianza più frequentemente richiamata a tal proposito è quella di D. 9.2.2.pr. (*Gai.* 7 ad *Ed. prov.*), sulla base della quale taluni si sono persino spinti ad ipotizzare che il testo originario del senatoconsulto aquiliano contenesse, subito dopo i *tria capita* indicativi delle condotte sanzionate, una clausola finale relativa alla conseguenza processuale della condanna nel doppio in caso di *infinitio* nel relativo giudizio (in questo senso C.A. CANNATA, *Sul testo originale della lex Aquilia: premesse e ricostruzione del primo capo*, in *SDHI*, 58 (1992), pp. 35 ss.).

¹⁰⁹ Così - tra gli altri - E. BIANCHI, *La temerarietà nelle Istituzioni di Gaio*, cit., p. 267.

perduto la sua primigenia evidenza oggettiva per effetto della successiva evoluzione della fattispecie aquiliana e dell'azione a fronte di essa concessa¹¹⁰.

Ciò che realmente si candida ad accomunare i differenti giudizi con condanna nel doppio in caso di *infittatio* sembra quindi essere - al di là della originaria riconducibilità degli stessi al regime esecutivo della *m.i.* - la circostanza che si trattasse in tutte le ipotesi di azioni volte a far valere in sede processuale una pretesa giuridica particolarmente «qualificata»; connotata cioè - quanto meno nei contenuti originari e nella percezione sociale a questi collegata - da una specifica valenza di certezza preventiva e di effettiva fondatezza, la quale sembra in questo senso spiegare tanto la possibilità di un accesso «anticipato» ad un giudizio *lato sensu* esecutivo, quanto la possibilità di un aggravio della condanna in caso di ingiustificata resistenza all'esercizio di quest'ultimo, al quale si ricollega come si è visto - in prospettiva storica - il regime della litiscrescenza di queste azioni ancora operante in età formulare nonostante il venir (almeno in alcune delle ipotesi interessate) della peculiare connotazione di certezza della pretesa azionata¹¹¹. Connotazione di certezza che appare tra l'altro confermata - sempre sul piano processuale - anche da alcune ulteriori caratteristiche dei giudizi in esame testimoniate dalle fonti (finora trascurate soltanto nella misura in cui non appaiono manifestarsi con altrettanta evidenza), tra le quali possono ricordarsi in modo particolare la regola che sembra escludere il ricorso alle pattuizioni transattive delle parti nelle cause litis crescenti¹¹² e quella che preclude nei medesimi casi la ripe-

¹¹⁰ Emblematica di siffatte trasformazioni appare in particolare l'evoluzione del figure di danno e degli interessi tutelati attraverso l'espansione interpretativa del Capo III della legge rispetto alle originarie ipotesi tipiche di danneggiamento dallo stesso contemplate. Il che non può evidentemente che essersi riflesso anche sul grado di certezza e di evidenza socialmente percepita delle relative condotte e della loro repressione a livello processuale, allontanando in misura corrispondente il relativo giudizio dalle ragioni della sua originaria connotazione esecutiva nelle forme tipiche della *manus iniectio*. Sull'evoluzione del danneggiamento aquiliano e la conseguente, progressiva estensione della sfera di applicazione del giudizio ad ipotesi diverse può rinviarsi a M.F. CURSI, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano 2002.

¹¹¹ Per un'efficace sintesi delle caratteristiche così identificate alla radice del ricorso diretto alla *m.i.* si veda - da ultimo - C.A. CANNATA, *Violenza fittizia e violenza reale nelle strutture primigenie del processo privato romano*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, Milano, 1983, pp. 164 ss., il quale evidenzia in particolare come in questa ed in altre ipotesi l'accessibilità immediata alla tutela esecutiva si collegasse in effetti a situazioni "a cui l'ordinamento riconosceva particolare certezza e pubblica notorietà", tale da giustificare secondo l'autore un impiego della "violenza reale propria di ogni di esecuzione" anche in un'epoca in cui essa non si eserciterà più sulla persona stessa ma piuttosto sui suoi beni.

¹¹² *Paul. Sent.* I,19.2: *ex his causis quae infittatione duplantur pacto decidi non potest*. Sul punto, le considerazioni più esaustive rimangono ancora oggi quelle di A. RUDORFF, *Über die Litis crescentz*, p.

tizione dell'indebito eventualmente versato¹¹³; entrambe giustificate - con tutta evidenza - proprio dalla particolare qualificazione di certezza e incontrovertibilità della situazione giuridica all'origine del processo, la quale dev'essere apparsa inconciliabile sia con un accordo delle parti sulle reciproche obbligazioni (il quale presuppone in ogni caso una disponibilità delle stesse in capo al loro titolare) che - rispettivamente - con un'ignoranza scusabile della parte obbligata che possa averla condotta a pagare erroneamente all'altra quanto non dovuto (posto che la peculiare pubblicità e formalismo del debito azionato sembrano escludere in radice un'incertezza dell'interessato quanto all'*an* o il *quantum* di ciò che è dovuto). Al che può forse aggiungersi - quale ulteriore conferma dei suddetti caratteri dei giudizi in esame - la circostanza (pur non compiutamente ricavabile dalla testimonianza delle fonti) che nei medesimi casi il giuramento processuale deferito all'attore e da questi regolarmente prestato condusse in ogni caso alla condanna in *simpulum* (anziché nel doppio) del convenuto che lo avesse proposto, posto che (come si legge nell'unico testo a tal proposito rilevante¹¹⁴) in questo caso l'oggetto del giudizio non è più tanto la (incontestabile) fondatezza della pretesa azionata quanto piuttosto la verità o meno del giuramento prestato, così che l'aggravio della condanna normalmente previsto per la resistenza del convenuto non appare qui adeguatamente giustificato. Dal che sembra potersi ricavare - se non altro *a contrario* - che l'elemento distintivo delle azioni litiscrecenti consisteva appunto nella particolare ed originaria certezza della pretesa azionata, la quale (una volta assicurata in altra forma mediante il giuramento) non ha più ragione di condurre alla rigorosa implicazione del raddoppiamento della condanna, essendo venuta meno sul piano processuale la giustificazione della stessa.

4.1.1.4 Conclusioni: ruolo e significato della litiscrecenza nel processo formulare

293 e 334 ss. In senso analogo J. PAOLI, *Lis infitiando crescit in duplum*, cit., p. 163 ss. Secondo F. BONIFACIO, «*Infitiatio*», cit., p. 656 e Nt. 1 si tratterebbe invece di una generalizzazione postclassica.

¹¹³ Indicazioni in questo senso sembrano potersi ricavare - seppur in modo non del tutto dirimente - da D. 5.1.2.74; D. 10.2.36; D. 17.1.5.29. In proposito v. ancora A. RUDORFF, *op. ult. cit.*, p. 322 ss.

¹¹⁴ D. 12.2.30.pr. (Paul. 18 *ad Ed.*): *Eum, qui iuravit ex ea actione quae infitiando crescit aliquid sibi deberi, simpli, non dupli persecutionem sibi adquirere Pedius ait: abunde enim sufficere exonerare petitem probandi necessitate, cum omitta hac parte edicti dupli actio integra maneat: et potest dici hoc iudicio non principalem causam exerceri, sed iusiurandum actoris conservari*. Per la genuinità del frammento e per le indicazioni che se ne possono ricavare si veda BONIFACIO, «*Infitiatio*», cit., p. 655.

Per quanto l'esatto contenuto delle condotte corrispondenti alla nozione di *infitiatio* non risulti direttamente ricavabile, come si è visto, dalle indicazioni al riguardo contenute nelle fonti, l'indagine in chiave storica dell'ambito di applicazione della relativa sanzione della condanna nel doppio ha quindi messo in luce come quest'ultima - lungi dall'applicarsi genericamente in qualsiasi giudizio - si collegasse a situazioni giuridiche precisamente definite e accomunate da una particolare qualificazione in termini di certezza della pretesa dell'attore; con l'ulteriore conseguenza che la medesima, pregnante connotazione di gravità ed evidenza doveva correlativamente riflettersi anche sull'eventuale scelta dell'avversario di opporsi in giudizio alle medesime situazioni una volta azionate in sede processuale. Posto che in origine le pretese di cui trattasi erano oggetto di rapporti di peculiare solennità e rilevanza sociale (che ne giustificava tra l'altro l'esecuzione immediata mediante *manus iniectio*), deve infatti ritenersi che il rifiuto del convenuto di riconoscere le stesse all'interno del processo (vale a dire la condotta individuata dalle fonti con il termine *infitiatio*) assumesse a propria volta - per lo meno in principio - un evidente disvalore pubblicamente percepito ed apparisse pertanto meritevole di ricevere una severa repressione¹¹⁵. Né è esagerato ipotizzare che - a fronte di una simile connotazione manifesta delle situazioni interessate - la relativa negazione dovesse apparire necessariamente connotata da un atteggiamento malizioso, ossia della coscienza della parte responsabile della resistenza in giudizio di contrapporsi ad una pretesa legittima ed obiettivamente fondata, identificabile in ultima analisi con la malafede processuale di chi ostacola un'azione che dovrebbe per sua natura risultare al contrario immediatamente definibile e concludersi quindi - pressoché immancabilmente - con la sua soccombenza¹¹⁶.

Nonostante la maggior parte delle fonti che rimandano all'*infitiatio* nel processo formulare sembri testimoniare - come si è visto - una connotazione puramente oggettiva della relativa condotta, e nonostante l'opinione di quegli autori che hanno al contrario voluto identificarvi una valenza intrinsecamente dolosa appaia di conseguenza

¹¹⁵ Non stupisce pertanto che da parte di taluno si sia voluta ricostruire la natura giuridica della originaria condanna nel doppio nel processo per *legis actiones* nei termini di una vera e propria *poena* diretta a sanzionare un'autonoma figura di delitto privato. Di questa ricostruzione si è fatto artefice in particolare B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, cit., p. 46.

¹¹⁶ Così, in particolare, E. BIANCHI, *La temerarietà nelle Istituzioni di Gaio*, cit., pp. 268-269: "In tutti questi casi, almeno in linea generale, la resistenza che si fosse poi dimostrata ingiustificata, avrebbe dovuto far ritenere quasi certamente presente, sin dall'inizio, la malafede [...]".

quanto meno contestabile¹¹⁷, la circostanza che il campo di applicazione della condanna nel doppio in età formulare sia rimasto lo stesso delle più risalente fase delle *legis actiones*¹¹⁸ (in cui la relativa sanzione si giustificava come detto per la gravità delle negazione delle pretese azionate e la sua immediata punibilità nelle forme esecutive della *manus iniectio*) sembra pertanto suggerire - se non altro in assenza di più specifiche indicazioni di segno contrario - che un'analogia giustificazione della *poena in duplum* conseguente all'*infitiatio* si sia mantenuta - *mutatis mutandis* - anche nel contesto della procedura *per formulas*, quanto meno nei termini di un'implicita strumentalità del rimedio in esame a sanzionare condotte e atteggiamenti processuali connotati - o se non altro avvertiti - per la particolare gravità agli stessi sottesa. Non più, dunque, quale sanzione specificamente rivolta a reprimere la resistenza consapevole - e quindi dolosa - nei confronti di affermazioni non ragionevolmente contestabili se non con l'intento di frustrare l'avversario (come dovevano verosimilmente apparire nel contesto originario di un controllo diretto da parte della comunità sulla reale fondatezza delle pretese azionate), ma comunque quale forma di reazione processuale a fronte della resistenza - dolosa o meno - esercitata dal convenuto nel (circoscritto) contesto di determinate azioni, di cui il giudicato rappresenta il paradigma, caratterizzate per loro natura dall'esigenza da una composizione della lite repentina ed efficiente, e pertanto meritevoli di ricevere - sul piano processuale - una particolare tutela in termini repressivi delle contestazioni di parte dimostratesi infondate alla conclusione del giudizio. Se poi questa struttura del rimedio consenta di ritenere che una traccia dell'originaria valenza soggettiva si conservasse ancora nella ricostruzione dello stesso da parte dei classici è questione diversa e a cui le fonti allo stato attuali non permettono di fornire una risposta soddisfacente; ma non vi è dubbio che le probabili radici storiche della sanzione dell'*infitiatio* nella eseguibilità immediata di determinate pretese nelle più risalenti strutture del processo civile possa valere per certi aspetti ad indicare che di tale primogenita valenza soggettiva delle medesime

¹¹⁷ È il caso, in particolare, della ben nota dottrina di J. PAOLI, *Lis infitiando crescit in duplum*, cit., già sopra richiamata, secondo la quale le fonti disponibili in punto di litiscrescenza consentirebbero di avvicinare per certi versi l'atteggiamento degli *infitiantes* a quello dei soggetti responsabili per *furtum*, confermando con ciò se non altro indirettamente la matrice specificamente calunniosa delle relative condotte. Per le più recenti critiche a siffatte posizioni, incentrate del resto sull'esegesi teleologica di un certo numero di fonti, si rimanda nuovamente a C. BUZZACCHI, *Abuso del processo*, cit., pp. 59 ss.

¹¹⁸ Ciò che è reso esplicito, come si è visto, dalla coincidenza tra gli elenchi in *Gai.* 4.9 e 4.171 con la sfera di applicazione dell'antica *manus iniectio* come ricostruita dallo stesso giurista in *Gai.* 4.21 ss.

condotte vi fosse ancora traccia - sia pure affievolita o financo solamente implicita - anche nella struttura delle azioni litiscrecenti del processo *per formulas*, rispetto alle quali il disvalore intenzionale della resistenza in giudizio da parte del convenuto ha forse finito per trasferirsi e quindi incardinarsi - attraverso un processo di progressiva obiettivizzazione di elementi originariamente esterni non ignoto ad altri istituti - nella struttura stessa delle fattispecie coinvolte¹¹⁹. Il che sembra del resto giustificare, all'esito dello sviluppo storico in questo senso immaginato, l'inquadramento della condanna *in duplum adversus infitiantes* tra le sanzioni dirette a colpire la litigiosità temeraria di cui Gaio si occupa negli ultimi paragrafi del suo manuale e da cui si sono prese le mosse - per praticità espositiva - in questa parte dell'indagine. A questo punto sembra dunque potersi delineare con maggiore precisione e cognizione di causa anche il ruolo dell'istituto in esame rispetto ad altre fattispecie e la sua collocazione entro lo schema complessivo della procedura *per formulas*. Considerato il suo ambito di applicazione estremamente circoscritto, corrispondente in buona sostanza al novero delle azioni esecutive a cui lo stesso si collegava nel processo più antico, l'accrescimento della condanna a fronte dell'*infitiatio* da parte del convenuto si configura innanzitutto - sotto il profilo oggettivo - come un rimedio speciale e di carattere marcatamente «selettivo», operante cioè unicamente nel contesto di determinati giudizi tassativamente individuati (di cui l'elenco gaiano rappresenta con ogni probabilità una rassegna completa) e accomunati tra di loro dalla facoltà di agire nel doppio - anziché in forma semplice - nei confronti del *vocatus* che non abbia ritenuto di riconoscere la pretesa fatta valere dall'avversario ma abbia preferito resistervi di-

¹¹⁹ In quest'ottica sembrano doversi intendere, pur nella loro concisione, le considerazioni sul punto in M. KASER, K. HACKL, *Das römisches Zivilprozessrecht*, cit., p. 140, ove si legge tra l'altro che alla base della litiscrecenza classica "[...] liegt vermutlich der Gedanke zugrunde, dass, wer die unbestreitbare Haftung dennoch bestreitet, erfahrungsgemäß zumeist weiß, dass seine Bestreitung unberechtigt ist, so dass er sich mit ihr einen ihm nicht zustehenden Vermögensverteil zuzueignen strebt". Al medesimo autore deve inoltre riconoscersi il merito di aver colto per primo il possibile collegamento storico tra regime classico della litiscrecenza e le più antiche forme di esecuzione personale diretta, di cui la prima è espressamente qualificata come una sorta di reminiscenza indiretta (ormai svincolata dal suo modello esecutivo) in cui l'originaria connotazione dolosa si conserverebbe tuttavia nella forma di un «dolo tipizzato» in quanto implicito nella particolare valenza dei giudizi in cui la condotta si inserisce: in questo senso v. in particolare M. KASER, *Typisierter dolus im altrömischen Recht*, in *BIDR*, 46 (1962), specialmente pp. 79 ss. e 98 ss.; nonché ID., *Römisches Privatrecht*, cit., p. 427. Sulla figura di un dolo «tipizzato» od «oggettivato» nel diritto romano classico torna anche S. CUGIA, *Un caso tipico di responsabilità oggettiva*, in *Scritti in onore di C. Ferrini*, Milano, 1946, p. 71 ss.

nanzi al magistrato nelle forme ordinarie della *litis contestatio*¹²⁰. Al di fuori di quel ristretto nucleo di azioni così individuate, la medesima resistenza manifestata dal convenuto nella fase preliminare al giudizio vero e proprio non avrebbe invece generato altra conseguenza che la condanna dello stesso - nell'ammontare semplice richiesto dall'attore - a seguito dell'accertamento effettuato dal giudice ed a lui eventualmente sfavorevole, con la conseguenza che la repressione di un'eventuale resistenza ingiustificata o persino colpevole rimane affidata nei medesimi casi unicamente a sanzioni ulteriori e di diversa natura come quelle di cui Gaio si occupa nei paragrafi successivi della sua esposizione (e per le quali si rimanda sin d'ora alla trattazione seguente). Mentre queste ultime tendono a caratterizzarsi - quanto meno sotto il profilo della sfera di applicazione oggettiva¹²¹ - quali rimedi di portata generale e indipendente dalla tipologia di giudizio nella quale si manifestano i relativi presupposti, le azioni litis crescenti appaiono in altri termini connotate - in primo luogo - proprio dalla limitatezza del loro contesto applicativo¹²², la quale si giustifica come osservato principalmente nel quadro storico delle origini dell'istituto e ne condiziona per riflesso anche le ulteriori caratteristiche ed elementi distintivi (prima fra tutte la stessa connotazione sanzionatoria della condanna nel doppio nei giudizi in esame). La medesima circostanza obiettiva che tale rimedio si applicasse unicamente in situazioni processuali determinate (e caratterizzate storicamente da una certezza preventiva della pretesa azionata) ha inoltre consentito di illuminarne - almeno per certi aspetti - anche il significato e le implicazioni soggettive della medesima sanzione, ossia di identificare (nonostante la carenza di indicazioni puntuali) il contenuto e la connotazione assiologica delle condotte processuali per mezzo di esso represses: con il raddoppio della condanna nelle azioni litis crescenti non viene colpita qualsiasi

¹²⁰ Duplice possibilità di condotta nella fase *in iure* del procedimento *per formulas* a cui sembra essere corrisposta, come si è visto, una duplicità di formule riconosciute dal pretore a livello edittale: l'una *in simplum* nei confronti del *confessus* dimostratosi accondiscendente all'azione dell'avversario; l'altra *in duplum* nei confronti del convenuto che abbia resistito in giudizio alla medesima azione.

¹²¹ Una significativa eccezione è costituita, come si avrà modo di osservare, dalla sanzione convenzionale collegata alle promesse prestate dal convenuto nel corso del processo, il cui campo di applicazione coincide non a caso con quello della *condemnatio in duplum adversus infitiantes* e la cui trattazione è collocata da Gaio immediatamente di seguito alla stessa. Sul punto si veda *infra* § 4.4.

¹²² Dal che discende tra l'altro, come si è già evidenziato, l'opportunità di rinunciare alla tradizionale (ma imprecisa) qualificazione di tale meccanismo processuale nei termini generici di «litis crescenza» in favore di più puntuale identificazione delle singole azioni litis crescenti autonomamente considerate, a chiarire appunto come l'istituto in esame non si configuri quale rimedio «trasversale» genericamente applicabile nel processo *per formulas* ma assuma piuttosto il carattere di attributo di specifici giudizi.

forma di resistenza processuale o di opposizione del convenuto al buon esito del giudizio, bensì unicamente - ed in modo specifico - una resistenza «qualificata» da particolare gravità in funzione del contesto in cui essa si esprime, al quale si ricollega (se non altro implicitamente ed in forma oggettivata¹²³) uno speciale disvalore etico e sociale connesso alla scelta di impedire o ritardare la soddisfazione dell'avversario per effetto dell'iniziativa processuale da quest'ultimo intrapresa. Pur non trattandosi di una forma di repressione di condotte dolose nel senso tecnico del termine, quindi (posto che l'elemento soggettivo non appare specificamente associato all'*infitiatio* del convenuto), può nondimeno riconoscersi in siffatti giudizi la valorizzazione - in chiave sanzionatoria - di comportamenti che appaiono connotati sotto il profilo etico delle relazioni tra le parti da una valutazione intrinsecamente negativa circa la loro compatibilità con un uso corretto dello strumento processuale, al punto da rimanere sanzionati nelle forme rigorose di un'attività delittuosa ma sul solo presupposto (collegato alla condanna) della soccombenza della parte; il che consente per certi versi di avvicinare il meccanismo processuale delle azioni litiscrecenti come descritte da Gaio - più che ai rimedi di carattere puramente obiettivo di cui lo stesso si occupa nei paragrafi successivi - a quelle sanzioni direttamente o indirettamente collegate alla verifica della malafede della parte interessata (ossia, in ultima analisi, alla *calumnia* processuale) di cui si trova traccia in altri punti della medesima trattazione gaiana¹²⁴. Da ultimo, le fonti esaminate in relazione alla litiscrecenza nel processo *per formulas* sembrano aver confermato - specie alla luce della proposta ricostruzione delle origini dell'istituto nella procedura più antica - come alla sanzione della condanna nel doppio conseguente all'*infitiatio* possa riconoscersi la natura di una vera e propria *poena* processuale nei confronti del convenuto, ossia di una conseguenza del tutto svincolata dalla funzione primaria perseguita dal processo (corrispondente alla condanna nel *simplum* in caso di *confessio*) destinata ad affiancarsi alla prima - con efficacia punitiva - nella contrapposta circostanza di una resistenza del *vocatus* in

¹²³ Ciò con speciale riferimento al significato dell'*infitiatio* e della litiscrecenza nell'epoca classica del processo *per formulas*, posto che in relazione alla procedura più antica, come si è visto, la valenza dolosa e moralmente condizionata della resistenza del convenuto nei giudizi in esame doveva verosimilmente risultare esplicita e socialmente percepibile per la peculiare pubblicità delle pretese azionate.

¹²⁴ Sulla rilevanza dell'elemento soggettivo in relazione ai differenti rimedi trattati da Gaio in questa parte del manuale si tornerà più ampiamente *infra* ai §§ 4.2, 4.3. e 5.

uno dei giudizi che si sono indicati. L'aumento della condanna ordinariamente comminata dalle medesime azioni, pertanto, non si giustifica alla stregua di una semplice sanzione pecuniaria volta a reintegrare il patrimonio dell'offeso risultato vittorioso¹²⁵, quanto piuttosto nei termini di un'autonoma conseguenza penale (originariamente rivolta ad un terzo e in seguito direttamente gravante in capo al convenuto) finalizzata a prevenire o (eventualmente) a reprimere il rifiuto quest'ultimo - in ipotesi ritenuto ingiustificabile - di contribuire attivamente con la propria condotta al divenire del processo fino al suo esito naturale corrispondente alla condanna¹²⁶. La medesima (originaria) connotazione penale del raddoppio della condanna in caso di *infinitio* nelle azioni litis crescenti appare del resto potersi ricavare - se non altro indirettamente - anche dalla circostanza che lo stesso Gaio - nei paragrafi immediatamente successivi a quello in cui si occupa di questo tipo di giudizi (4.172-173) - precisi che l'incremento della condanna in essi stabilito non avrebbe ragion d'essere laddove l'azione sia fin dall'inizio concepita in un multiplo¹²⁷, posto che in tal modo si istitui-

¹²⁵ In questi termini si esprime - tra gli altri - G. POLARA, *Gai. 4.9: Alle radici del principio adversus infinitantes in duplum agitur*, p. 268 ss., secondo il quale deve in particolare rilevarsi come alla pena del *duplum* a cui è soggetto il resistente debba riconoscersi una funzione e una composizione immutabili e non sia quindi possibile attribuire natura diversa alla formula dell'azione *adversus confitentem* e *adversus infinitantem*. Su queste basi, il medesimo autore contesta tra l'altro le tradizionali ricostruzioni della categoria gaiana delle azioni miste, evidenziando come alla luce della parallela trattazione delle azioni litis crescenti di cui in Gai. 4.171 tale categoria appaia invero tutt'altro che ambigua o parzialmente incoerente, posto che la stessa non tenderebbe a una generale classificazione di tutte le azioni quanto piuttosto a una ricostruzione dei possibili contenuti delle *condictiones* in cui l'autore terrebbe conto, tra l'altro, della possibilità che l'azione sia concessa nel doppio contro il resistente. Il carattere «misto» dell'azione non alluderebbe quindi mai a una presunta «composizione» di effetti penali e reipersecutori del medesimo giudizio, ma soltanto all'eventualità che alla *rei persecutio* del giudizio principale si associ - in caso di *infinitio* - la *poena* prevista a fronte di quest'ultima.

¹²⁶ Non appaiono pertanto condivisibili - e devono anzi giudicarsi storicamente incoerenti - i tentativi condotti da una parte della moderna dottrina processualcivilistica nel senso di identificare nella sanzione della condanna nel doppio delle azioni litis crescenti la matrice storica, nel diritto romano, dei moderni regimi di condanna alle spese collegati alla soccombenza. In questo senso si veda in particolare G. CHIOVENDA, *La condanna alle spese giudiziali*, II ed., Roma, 1935, p. 14 ss. e ID., *Le spese del processo civile romano*, in *BIDR*, 7 (1894), p. 275 ss. Muovendo dal presupposto che alla pena collegata alla litis crescenza fosse già associata sin dalle origini «una certa funzione risarcitoria più o meno diretta» - emersa in vero solo progressivamente nel diritto postclassico - simili ricostruzioni non considerano infatti che la connotazione penale della relativa sanzione doveva in origine presentare una pregnanza assai maggiore di quanto il risultato finale della sua evoluzione sembrerebbe suggerire. Per una critica delle tesi chiovendiane in merito alle radici romanistiche della condanna alle spese può rinviarsi, tra gli altri, a vedano F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, I, cit. *passim*, e N. PAOLANTONIO, voce «Abuso del processo» (*diritto amministrativo*), in *Enc. Dir. - Annali*, 2007, p. 1 ss.

¹²⁷ Il riferimento è - in particolare - a Gai. 4.173: *Statim autem ab initio pluris quam simpli actio est, velut furti manifesti quadrupli, nec manifesti dupli, concepti et obliti tripli. Nam ex his causis et aliis quibusdam, sive quis neget sive fateatur, pluris quam simpli est actio*. Una conferma indiretta del carattere afflittivo della sanzione in esame sembra potersi ricavare anche dall'esplicito accostamento tra

sce una sorta di parallelismo tra la duplicazione della condanna in caso di *infitiatio* e la moltiplicazione della stessa nei giudizi penali, che lascia intendere come il ruolo e la giustificazione della prima vengano nella sostanza assimilati all'analogo meccanismo - con funzione eminentemente punitiva - caratteristico dei secondi. Ciò che, unitamente al fatto che Gaio anteponga la trattazione di tale istituto a quella di ogni altro rimedio contro la litigiosità temeraria, sembra in effetti suggerire che la strumentalità dello stesso allo scopo di realizzare una sanzione delle relative condotte nel procedimento formulare si manifestasse - ancora in epoca classica - con particolare evidenza. Volendo formulare delle conclusioni intermedie con specifico riguardo al ruolo della condanna nel doppio *adversus infitiantes* rispetto alla finalità complessiva della tutela del processo dalle condotte disfuzionali poste in essere dalle parti, può dunque osservarsi come la sanzione in oggetto - consistente in un aumento fisso dell'ammontare della condanna in caso di resistenza rivelatasi infondata - assuma le caratteristiche di un rimedio (di natura squisitamente processuale) inteso a colpire in maniera specifica i comportamenti del convenuto più gravemente e manifestamente frustranti lo scopo fondamentale del processo costituito dalla celere e coerente attuazione dell'interesse dell'attore la cui pretesa sia fondata, qualificandosi - da un lato - per il suo campo di applicazione puntualmente delimitato ad una serie di giudizi nei quali tale interesse appare manifestarsi con particolare evidenza e - dall'altro lato - per l'implicita valutazione negativa della resistenza processuale all'interno degli stessi nei termini di una condotta colpevole e meritevole di sanzione. Una prima forma di reazione sanzionatoria alle condotte contrarie all'economia del processo (in quanto antitetiche ad un corretto ed efficiente raggiungimento dei suoi scopi) si realizza così - con specifico riguardo alla condotta del convenuto - attraverso una pena pecuniaria estremamente condizionata nella sua applicazione (circoscritta come si è visto ad un numero di cause tassativamente definito) ma proprio per questo efficace nel reprimere i comportamenti del *vocatus* che non risultino collaborativi rispetto all'utilità ultima a cui tende

quest'ultima e la condanna ordinariamente derivante da un giudizio penale contenuto in D. 46.3.7 (Ulp. 43 *ad Sab.*): *Si quid ex famosa causa et non famosa debeatur, id solutum videtur, quod ex famosa causa debetur. Proinde si quid ex causa iudicati et non iudicati debeatur, id putem solutum, quod ex causa iudicati debetur, et ita Pomponius probat. Ergo, si ex causa quae infitiatione crescit vel poenali debetur, dicendum est id solutum videri, quod poenae habet liberationem.*

il giudizio, considerato che nelle medesime cause la resistenza processuale posta in essere dal convenuto manifesta un particolare grado di «offensività» rispetto al «bene» giuridico oggetto di tutela, consistente in senso lato nell'efficienza del giudizio. Queste, dunque, le caratteristiche fondamentali del rimedio in esame delle quali si dovrà necessariamente tener conto anche ai fini di un suo corretto inquadramento nello schema complessivo del resoconto gaiano e per la ricostruzione delle sue possibili interazioni con le altre sanzioni in quella sede descritte, con riguardo alle quali si rimanda fin d'ora al paragrafo conclusivo del presente capitolo.

4.1.2. *La responsabilità dell'attore che agisce in malafede: i giudizi di calunnia*

Un'ulteriore situazione nella quale dalla condotta della parte all'interno del processo poteva derivare, a determinate condizioni, una conseguenza negativa di natura patrimoniale a svantaggio della stessa (ossia - nella sostanza - una sanzione pecuniaria) può identificarsi nelle ipotesi di esercizio - nei confronti dell'attore - dei due giudizi finalizzati a reprimere la sua intenzione calunniosa nell'intentare l'azione, vale a dire il *iudicium calumniae* o - in alternativa a quest'ultimo - il *iudicium contrarium*¹²⁸. In entrambe le ipotesi, delle quali Gaio si occupa congiuntamente nei paragrafi da 174 a 178 del quarto Commentario, a carico della parte il cui comportamento nel corso del processo sia stato giudicato meritevole di sanzione può infatti determinarsi - come nella già vista ipotesi delle azioni litiscreascenti - l'obbligo di versare una somma di denaro (di ammontare variabile) nei confronti dell'avversario; con l'evidente differenza che in questo caso - contrariamente a quanto avviene per la condanna nel doppio - la sanzione pecuniaria si rivolge specificamente nei confronti dell'attore e non opera all'interno del medesimo giudizio in cui si colloca la condotta, bensì all'esito di un separato processo eventualmente instaurato in un momento successivo. Mentre nell'ipotesi della condanna nel doppio il rimedio processuale incide direttamente sulla posizione delle parti rispetto agli esiti del procedimento pendente, così,

¹²⁸ Sui giudizi di calunnia in generale e il loro inquadramento nel processo *per formulas* può rinviarsi in particolare a D.A. CENTOLA, *La disciplina della condotta vessatoria delle parti nel processo romano*, in *TSDP*, 5 (2012), pp. 1-78; nonché a ID., *La calunnia in Roma antica: Contributo allo studio del processo criminale romano*, ibidem, 2002. Riferimenti più specifici alla letteratura sul tema - con particolare riguardo ai singoli profili degli istituti in esame - saranno effettuati nel corso dell'indagine.

in questo caso si tratta piuttosto di strumenti che operano «dall'esterno» del giudizio interessato, rimanendo affidati - in ultima analisi - a una diversa ed ulteriore iniziativa processuale da parte del soggetto legittimato ad instaurarli.

Come nel caso delle azioni litiscreascenti, invero, anche in relazione ai giudizi in parola il resoconto delle Istituzioni di Gaio appare sintetico e parzialmente incompleto, rendendo tutt'altro che agevole una compiuta ricostruzione degli istituti descritti sulla sola base delle scarse indicazioni fornite nel testo. Una volta chiarito che i rimedi in esame - al pari del *iusiurandum calumniae* (sul quale si tornerà in seguito) - sono rivolti in modo specifico alla coercizione della *calumnia actoris*, il giurista si limita in effetti a descriverne sommariamente il campo di applicazione (più ampio nel caso del *iudicium calumniae*, assai più ristretto in quello del *iudicium contrarium*) e le diverse conseguenze in termini di ammontare della condanna pecuniaria, senza fornire indicazioni più specifiche tanto in merito alla funzione sottesa ai rispettivi giudizi quanto in relazione alle concrete modalità di funzionamento degli stessi entro lo schema complessivo della procedura *per formulas*. Seppur implicitamente, dalla trattazione in oggetto risulta nondimeno con relativa chiarezza che - pur differenziandosi sotto altri profili - i due rimedi dei quali si tratta condividono quanto meno la struttura di base e le forme nelle quali si attua la repressione della condotta sanzionata. In ambedue le ipotesi, in particolare, il meccanismo con cui si attua la repressione del comportamento sanzionato nei confronti dell'attore è essenzialmente il medesimo: a conclusione del giudizio in cui quest'ultimo sia risultato soccombente, all'altra parte è consentito di instaurare nei suoi confronti un diverso procedimento - a parti invertite - finalizzato ad ottenerne la condanna al pagamento di una somma di denaro in ragione della condotta tenuta nel precedente giudizio, il quale costituisce in tal senso il presupposto giuridico per la seconda iniziativa processuale ma ne rimane al tempo stesso formalmente distinto¹²⁹. Ciò che varia dall'uno all'altro dei giudizi in parola sembra essere invece - sempre alla luce del resoconto di Gaio - il presupposto a cui si collega la sanzione dell'attore per mezzo della condanna nel secondo processo, posto

¹²⁹ Ciò non solo nel senso che la pronuncia del giudice nel primo giudizio rimane del tutto indipendente dall'instaurazione del secondo, ma anche nel senso che l'eventuale condanna pecuniaria conseguente a quest'ultimo non si assomma direttamente a quella in precedenza comminata (come avviene nel caso delle azioni litiscreascenti), ma costituisce una conseguenza patrimoniale autonoma e distinta.

che nel *iudicium calumniae* quest'ultima è specificamente connessa (come intuibile) alla *calumnia* dell'attore, mentre in quello *contrarium* essa sembra discendere più semplicemente dalla circostanza obiettiva che la parte attrice sia rimasta soccombente. Proprio sulla scorta di tale differenza nel significato della *calumnia* all'interno del processo, il giurista sembra anzi costruire - nei paragrafi in oggetto - una precisa correlazione tra i due giudizi esaminati, raffrontando gli stessi sotto il profilo della funzione esercitata al loro interno da siffatto elemento e tratteggiando su tali basi un rigoroso disegno delle loro possibili interazioni reciproche. Giova a questo punto richiamare - per un migliore comprensione di questo schema espositivo - le parole impiegate dallo stesso Gaio nei paragrafi dedicati ai rimedi in esame. Il giurista si concentra innanzitutto sul *iudicium calumniae* e sulle sue conseguenze:

Gai. 4.175-176

[175] *Et quidem calumniae iudicium adversus omnes actiones locum habet et est decimae partis, praeterquam quod adversus adsertorem tertiae partis est.*

[176] *Liberum est autem ei, cum quo agitur, aut calumniae iudicium opponere aut iusiurandum exigere NON CALVMNIAE CAVSA AGERE.*

Il giudizio in esame, che può operare con riguardo ad ogni tipo di azione (*adversus omnes actiones*), conduce di regola alla condanna dell'attore nella misura di un decimo del valore della lite (*decimae partis*), salvo il caso - espressamente richiamato all'interno del testo - in cui esso si rivolga in modo specifico nei confronti del cd. *adsertor liberatis*, ipotesi per la quale risulta invece prevista una condanna nel terzo. L'attenzione si sposta quindi - in modo specifico - dalla fattispecie diretta del giudizio di calunnia a quella speculare del *iudicium contrarium* al primo contrapposto ed esplicitamente raffrontato¹³⁰, del quale vengono del pari descritti - in termini sintetici ma altrettanto incisivi - il contesto applicativo e le implicazioni sanzionatorie:

¹³⁰ In merito alla contrapposizione tra *iudicia directa* e *iudicia contraria* nel diritto processuale classico, la quale invero non attiene direttamente al rapporto tra giudizio di calunnia e giudizio contrario, può rinviarsi in generale a G. PROVERA, *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*, Torino 1951 nonché, più di recente, E. SCIANDRELLO, *Ricerche in tema di iudicia contraria*, Napoli, 2017. Per ulteriori indicazioni al riguardo può rinviarsi fin d'ora alle considerazioni specifiche sul giudizio contrario.

Gai. 4.177

Contrarium autem iudicium ex certis causis constituitur, velut si iniuriarum agatur et si cum muliere eo nomine agatur, quod dicatur ventris nomine in possessionem missa dolo malo ad alium possessionem transtulisse, et si quis eo nomine agat, quod dicat se a praetore in possessionem missum ab alio quo admissum non esse. Sed adversus iniuriarum quidem actionem decimae partis datur, adversus vero duas istas quintae.

A differenza del giudizio di calunnia, quello contrario ha una portata predefinita e notevolmente più ristretta, potendo trovare applicazione nei confronti dell'attore unicamente nell'ambito di azioni specifiche (*ex certis causis*) e preventivamente individuate. All'interno di queste, poi, esso può condurre - a seconda dei casi - a una condanna per il decimo del valore della lite (come avviene tipicamente nell'*actio iniuriarum*) ovvero per il quinto (nelle altre due ipotesi richiamate da Gaio: quella della donna immessa dal pretore nel possesso *ventris nomine* senza essere incinta e quella di chi abbia trasferito dolosamente il possesso di una cosa in favore di un terzo)¹³¹. Segue infine - negli ultimi due paragrafi che interessano in questa sede - un confronto diretto tra entrambe fattispecie e le tra loro implicazioni come appena descritte, da cui emerge nella sostanza una classificazione delle medesime in termini di maggiore o minore gravità dal punto di vista della parte destinataria del giudizio:

Gai. 4.178-179

[178] *Severior autem coercitio est per contrarium iudicium. Nam calumniae iudicio X partis nemo damnatur nisi qui intellegit non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituit potius que ex iudicis errore vel iniquitate victoriam sperat quam ex causa veritatis. Calumnia enim in adfectu est, sicut furti crimen. Contrario vero iudicio omni modo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet aliqua opinione inductus crediderit se recte agere.*

[179] *Utique autem ex quibus causis contrario iudicio agi potest, etiam calumniae iudicium locum habet; sed alterutro tantum iudicio agere permittitur. Qua ratione si*

¹³¹ Sulle diverse situazioni in tal modo richiamate si tornerà più ampiamente *infra* in sede di trattazione specifica del campo applicativo del giudizio contrario in ciascuno dei casi menzionati da Gaio.

iusiurandum de calumnia exactum fuerit, quemadmodum calumniae iudicium non datur, ita et contrarium non dari debet.

Dopo aver trattato in maniera disgiunta di ciascuno dei due rimedi autonomamente considerato, il giurista fornisce dunque una precisa valutazione delle loro conseguenze, nonché una descrizione altrettanto coerente dei loro rapporti reciproci; il che avviene nel discorso gaiano secondo uno schema «chiastico» di particolare efficacia¹³²: dapprima viene posto in evidenza come le implicazioni collegate al giudizio contrario risultino più severe di quelle derivanti dal giudizio di calunnia in quanto, laddove in quest'ultimo l'attore può subire la condanna soltanto se abbia agito (con *calumnia*) nell'intento specifico di vessare l'avversario (*vexandi adversarii gratia*), nel primo egli viene condannato per il solo fatto di aver perduto il giudizio (*si causam non tenuerit*), anche laddove abbia erroneamente ritenuto di aver agito rettamente. Passando dal piano degli effetti a quello dei rapporti tra i due giudizi esaminati - considerati ora in ordine invertito - si specifica quindi che il giudizio di calunnia può trovare applicazione anche nei casi nei quali è previsto il giudizio contrario ma che non vale l'inverso, così che nelle medesime ipotesi non può che esperirsi uno soltanto dei rimedi in oggetto (*alterutro tantum iudicio agere permittitur*). Da ultimo - e traendo in un certo senso le conseguenze delle precedenti indicazioni in merito alla funzione e alle relazioni reciproche tra i due istituti esaminati - viene infine precisato che entrambi i giudizi rimangono invece necessariamente preclusi laddove nel procedimento instaurato nei confronti dell'attore sia già stato deferito il giuramento di calunnia. Ciò sull'evidente presupposto - indirettamente desumibile dalle parole *Qua ratione* con le quali si apre quest'ultimo passaggio - che in simile circostanza il giudizio di valore sulla condotta dell'attore al quale si riferiscono (con diversa intensità) entrambi i rimedi, e tale da giustificare l'alternatività tra gli stessi, risulti in qualche modo già ricompreso nel diverso meccanismo del giuramento processuale, al punto da ren-

¹³² A.M. GIOMARO, *La scelta del mezzo giudiziale in ipotesi di temerarietà della lite ex parte actoris*, cit., p. 134 riconosce in questa parte del discorso gaiano "un particolare ed articolato meccanismo logico" avente per oggetto i possibili rapporti tra le due specie di giudizi, il quale potrebbe ricostruirsi, secondo l'autrice - seppur nel quadro di un più ampio ragionamento che coinvolge indirettamente anche il giuramento di calunnia - alla stregua di una sorta di "pseudo-sillogismo" con cui Gaio metterebbe in luce le molteplici combinazioni tra i diversi rimedi pur senza schematizzarla in termini espliciti.

dere superfluo e tendenzialmente ingiustificato il ricorso all'uno così come all'altro.

L'elemento fondamentale sopra il quale si regge e risulta incentrata l'intera testimonianza gaiana relativa al funzionamento dei rimedi in oggetto è costituito pertanto, come suggeriscono apertamente i richiamati paragrafi, dalla dimensione soggettiva della *calumnia actoris* e dalle sue implicazioni all'interno del processo, le quali appaiono in effetti condizionare tanto la descrizione specifica dei due giudizi esaminati (incentrata, come si è visto, sulla diversa rilevanza dell'atteggiamento dell'attore in ciascuno di essi), quanto la struttura complessiva della narrazione istituzionale (che si è osservato essere disposta secondo uno schema incrociato proprio sulla base del raffronto tra i due rimedi sotto questo profilo). A ben vedere, invero, da una prima lettura del resoconto gaiano, l'elemento della *calumnia* riferito all'attore sembra emergere al contempo come dimensione unificante dei rimedi esaminati e quale tratto qualificante che consente di distinguerli. Mentre nel paragrafo introduttivo di questa parte dell'indagine entrambi i giudizi sono esplicitamente presentati come strumenti di repressione della *calumnia actoris* accanto ed in aggiunta all'omonimo *iuramentum* (§174: *Actoris quoque calumnia coercetur modo calumniae iudicio, modo contrario, modo iureiurando*), nei paragrafi successivi dedicati singolarmente a ciascuno dei due rimedi la medesima *calumnia* diviene infatti l'elemento identificante di uno dei giudizi nei confronti dell'altro, giustificando - nelle parole di giurista - non soltanto la maggiore gravità del giudizio di calunnia rispetto al *iudicium contrarium* (§178), ma anche la loro reciproca interazione nei termini specifici di quello che appare come un concorso alternativo tra le due forme di azione (§179)¹³³. Dal che sembra emergere l'indiretta percezione che, quand'anche l'elemento della calunnia sia effettivamente da ritenersi comune ad entrambi i rimedi presentati in questa sede, il medesimo assuma - in ciascuno di essi - una connotazione specifica e parzialmente differente, tale da motivare - per un verso - la loro diversa disciplina in punto di presupposti ed ambito applicativo, ma anche - al tempo stesso - la loro trattazione con-

¹³³ Di "concorrenza alternativa" tra il giudizio di calunnia ed il giudizio contrario con riferimento alle forme di repressione processuale della *calumnia* dell'attore si discute in particolare in A.M. GIOMARO, *La scelta del mezzo giudiziale in ipotesi di temerarietà della lite ex parte actoris*, cit., pp. 133 ss. Più in generale sul problema della concorrenza tra mezzi processuali nel diritto romano classico può rinviarsi a D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht*, Göttingen, 1972.

giunta da parte di Gaio tra le sanzioni relative alla litigiosità temeraria con specifico riguardo alla repressione processuale della temerarietà dell'attore¹³⁴.

Ai fini di una corretta comprensione dei due rimedi di cui si tratta e delle loro possibili interazioni all'interno del processo appare dunque preliminare - e in questo senso imprescindibile - tentare innanzitutto una ricostruzione tendenziale della nozione di *calumnia* come impiegata da Gaio in relazione agli stessi, posto che da quest'ultima e dai suoi contenuti sembrano dipendere - per le ragioni suddette - molte delle valutazioni a questo riguardo ricavabili dalla narrazione istituzionale. Senza voler (o poter) addentrarsi in questa sede nella complessa discussione intorno alla figura della *calumnia* nel suo significato più ampio, che è fra i temi più complessi delle letterature romanistica e le cui implicazioni si estendono ben al di là del limitato contesto del processo formulare per coinvolgere anche profili della *cognitio extra ordinem* e della giurisdizione criminale¹³⁵, ai circoscritti fini della presente indagine sarà sufficiente esaminare il significato del termine e le sue implicazioni con specifico riguardo alla condotta dell'attore all'interno del processo, in modo tale da precisare quale tipo valutazione «negativa» sia sottesa alle stesse e che funzione possa pertanto attribuirsi - sotto il profilo della tecnica processuale - ai modi e alle forme della sua repressione attraverso i rimedi esaminati in questa sede. Una scelta questa che, pur essendo consapevolmente riduttiva della profondità della figura, consentirà di prescindere da altre e più puntuali sfaccettature della stessa che - indipendentemente dalla loro più o meno manifesta connessione con la tematica in oggetto, non risultano ad essa imme-

¹³⁴ Sulla base di analoghe considerazioni circa l'apparente incoerenza quanto all'impiego del termine nel resoconto gaiano E. BIANCHI, *La temerarietà nelle Istituzioni di Gaio*, cit., pp. 290-291 ha tentato di risolvere la relativa contraddizione ipotizzando che in questa sede Gaio impieghi la parola "*calumnia*" in una duplice accezione: dapprima (nel §174) per indicare in generale il comportamento scorretto dell'attore all'interno del processo; quindi nell'accezione più ristretta di malafede processuale in relazione al *iudicium calumniae* e all'omonimo giuramento, rispetto ai quali si delineerebbe pertanto una nozione più specifica ma nondimeno riconducibile alla prima nel suo significato più estensivo.

¹³⁵ La letteratura riguardante la *calumnia* e le sue molteplici accezioni per il diritto romano è pressoché sterminata. Per un inquadramento generale del fenomeno e della sua specifica rilevanza nel processo civile, oltre che per più ampi riferimenti di natura bibliografica con riferimento alla tematica, può rinviarsi a U. BRASIELLO, voce "*Calumnia (diritto romano)*", in Enc.Dir., p. 814 ss., il quale evidenzia tra l'altro come tematica difetti ancora una ricostruzione complessiva, nonché - per quanto concerne i contributi più recenti - a A.M. GIOMARO, *Per lo studio della calumnia: Aspetti di deontologia processuale in Roma antica*, Torino, 2003. Sulla nozione di *calumnia* nello specifico contesto del processo criminale, della quale è tra l'altro da sempre discussa la priorità storica rispetto all'omologo concetto nel processo privato, si veda in particolare T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 491 ss. e J. CAMIÑAS, *La lex Remnia de calumniatoribus*, Santiago de Compostela, 1984.

diatamente pertinenti e rischierebbero pertanto unicamente di confondere o di rendere nel complesso più ambigua la sua ricognizione nel contesto di questa indagine¹³⁶.

Una definizione immediata (e a ben vedere piuttosto incisiva) della nozione di *calumnia* nella dimensione processuale che interessa in questa sede è fornita invero dallo stesso Gaio nel contesto del confronto tra i rimedi in esame come sopra ricostruito, rispetto al quale essa sembra in effetti inserirsi - come una sorta di proposizione incidentale - tra la descrizione degli effetti del *iudicium calumniae* e di quello contrario.

Gai. 4.178: [...] *Nam calumniae iudicio X partis nemo damnatur nisi qui intellegit non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituit potius que ex iudicis errore vel iniquitate victoriam sperat quam ex causa veritatis. Calumnia enim in adfectu est, sicut furti crimen. Contrario vero iudicio omni modo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet aliqua opinione inductus crediderit se recte agere.*

Secondo quanto emerge da questo breve ma significativo passaggio, agisce con *calumnia* innanzitutto chi eserciti l'azione pur essendo consapevole di non agire retta-mente (*qui intellegit non recte se agere*), ossia chi confidi nella vittoria della causa non in forza dell'asserita fondatezza della pretesa azionata, quanto piuttosto nella speranza di un errore o dell'iniquità del giudice (*potius que ex iudicis errore vel iniquitate victoriam sperat quam ex causa veritatis*). Vale a dire - ancora - chi agisca nel giudizio con lo specifico intento di affliggere l'avversario con un'azione ingiusta e consapevolmente infondata (*vexandi adversarii gratia*), intentata cioè - fin dal principio - senz'altra ragione se non quella di nuocere. Come il giurista precisa immediatamente di seguito, quasi a sintetizzare le precedenti osservazioni, la *calumnia* si ri-

¹³⁶ Ci si riferisce in particolare al significato della repressione della *calumnia* nel contesto dell'editto del pretore, il quale concedeva in proposito un'azione penale *in quadruplum* esercitabile entro l'anno ed una reipersecutoria *in simplum* decorso tale termine avverso chi avesse ricevuto denaro *ut calumniae causa negotium faceret vel non faceret*. A conferma della tendenziale estraneità di tale fattispecie dalle forme di repressione tramite il *iudicium calumniae* e il *iudicium contrarium*, in dottrina si è del resto ipotizzata una differente origine e collocazione editale del suddetto *edictum de calumniatoribus* rispetto a quello riguardante la calunnia all'interno del processo. Sul punto O. LENEL, *Edictum Perpetuum*, 3, cit., pp. 106 ss. e J. CAMIÑAS, *Ensayo de reconstrucción del Título 9 del Edicto perpetuo: De calumniatoribus*, Santiago de Compostela, 1994, *passim*. Per una sintesi delle differenti accezioni della *calumnia* al di fuori della specifica valenza di «*chicane*» processuale che rileva in questa sede può inoltre rinviarsi - ancora una volta - a U. BRASIELLO, voce *Calumnia (diritto romano)*, cit., p. 815-816.

solve infatti nell'intenzione dolosa che muove la parte ad instaurare il giudizio, per certi versi assimilabile - almeno sotto il profilo dell'atteggiamento psicologico - a quella alla base del delitto di furto (*calumnia enim in adfectu est, sicut furti crimen*)¹³⁷. Reciprocamente, la stessa *calumnia* risulta invece carente (e non può quindi esperirsi che il giudizio contrario) laddove l'attore sia rimasto soccombente in un giudizio instaurato senza alcuna malafede; se cioè le sue ragioni si siano provate infondate, ancorché per qualsivoglia motivo lo stesso abbia ritenuto - per parte propria - di aver agito giustamente (*licet aliqua opinione inductus crediderit se recte agere*). Per come esso è ricostruito da Gaio in questi stringati passaggi del suo resoconto, l'elemento della *calumnia* sembra dunque configurarsi - nel particolare contesto del processo civile - come uno stato di coscienza facente capo all'attore e puntualmente qualificato dai suoi contenuti; consistente - da un lato - nella piena consapevolezza di quest'ultimo di esercitare un'azione senza alcun fondamento e - per altro verso - dall'intenzione specifica di danneggiare in questo modo la sua controparte, costretta in quanto tale ad affrontare un giudizio che non avrebbe altrimenti giustificazione di essere. Qualificante di tale figura sotto il profilo processuale appare in altri termini non soltanto la coscienza soggettiva di essere nel torto ben sintetizzata dall'icastica espressione gaiana *non recte se agere* (la quale ritorna del resto anche in altre fonti genericamente riferite all'infondatezza dell'azione), ma anche (e soprattutto) la volontà maliziosa di impiegare il processo per uno scopo vessatorio ad esso naturalmente alieno, ovvero quella che taluni autori - traendo spunto dal riferimento al *vexandi adversarii gratia* nel testo gaiano - hanno eloquentemente qualificato nei termini di un «*animus vexandi*», alludendo con ciò alla condizione psicologica - riconducibile all'attore - di chi strumentalizza il processo onde colpire l'avversario¹³⁸. La

¹³⁷ Secondo E. BIANCHI, *La temeritas nelle Istituzioni di Gaio*, cit., p. 292, da tale accostamento della calunnia al delitto di furto potrebbe indirettamente ricavarsi la padronanza da parte di Gaio di una nozione «tecnica» di *calumnia* processuale verosimilmente già presente nell'esperienza giuridica anteriore, come risulterebbe del resto implicitamente desumibile - a giudizio dell'autore - anche dal riferimento alla affine nozione di *cavillatio* all'interno del commento dedicato dallo stesso Gaio alla ricostruzione delle XII Tavole e conservato in D.50.16.233. In senso analogo, D.A. CENTOLA, *La disciplina della condotta vessatoria*, cit., p. 10 ss. C. SERANGELI, *C. 7,16,31 e le azioni contro il litigante temerario*, cit., p. 202 insiste invece sulla verosimile corrispondenza tra la ricostruzione gaiana della *calumnia* in Gai. 4,178 e il significato originario del termine così come impiegato nell'*actio calumniae*.

¹³⁸ L'espressione è impiegata - tra gli altri - in A.M. GIOMARO, *Per lo studio della calumnia*, cit., *passim*, e in E. BIANCHI, *La temeritas*, cit., *passim*. Sintetizzando le considerazioni sottese a tale espressione D.A. CENTOLA, *La disciplina della condotta vessatoria*, cit., p. 28 si riferisce in questo senso alla

connotazione intrinsecamente maliziosa che caratterizza in tal senso la calunnia processuale, concorrendo ad attribuire un disvalore al corrispondente comportamento dell'attore e a giustificare di conseguenza le specifiche sanzioni nei suoi confronti predisposte, sembra d'altro canto risultare - con relativa sicurezza - anche da altre testimonianze ricavabili dalle fonti all'interno del Digesto come all'infuori di questo; prime fra tutte quelle che riferiscono delle specifiche emersioni della nozione in esame all'interno dell'editto, come nel caso di D. 3.2.1.3 (Iul. 1 *ad Ed.*) e 3.2.4 (Ulp. 6 *ad Ed.*), dalle quali traspare piuttosto esplicitamente l'obiettivo accostamento tra l'atteggiamento calunnioso esercitato nel processo e la vessazione intenzionale nei riguardi di un terzo onde trarne un vantaggio di natura personale¹³⁹, così come l'associazione - come si è visto presente anche in Gaio - alla dimensione del furto e a quella dell'ingiuria. Ma lo stesso potrebbe osservarsi in relazione a quelle fonti - quali D. 5.1.10 (Ulp. 10 *ad Ed.*) o D. 5.3.43 (Paul. 2 *ad Plaut.*) e svariate altre in questa sede sorvolabili - che sembrano porre in evidenza la qualificazione specificamente intenzionale delle condotte calunniose evidenziandone la contrapposizione - e dunque l'alterità - rispetto a quelle connotate da un errore incolpevole o comunque dalla carenza di un'autonoma volontà - in capo alla parte - di procedere ingiustamente nei confronti dell'avversario. Dal che sembra emergere - con ulteriore e significativa evidenza - come la calunnia si risolva in ultima analisi proprio in una circostanza essenzialmente soggettiva che connota il comportamento dell'attore sotto il profilo psicologico, avvicinandosi per molti aspetti alla dimensione cosciente caratteristica del dolo quale criterio soggettivo di imputazione di una condotta; ed anzi connotandosi - piuttosto che nei termini di una volontà generica di instaurare un giudizio senza

calunnia come ad "un atto illecito a base intenzionale", evidenziando al contempo come l'espressione "non possa non alludere ad una condotta caratterizzata dal dolo, dall'inganno o dalla frode".

¹³⁹ Eloquentemente in tal senso appare anche la testimonianza contenuta in D. 2.1.11.1 (Gai. 1 *ad Ed. prov.*), dalla quale sembra emergere - sempre con riguardo al significato del termine nel contesto dell'editto - la valenza soggettiva e specificamente volontaria delle condotte di calunnia, definite qui addirittura in termini di *potestas calumniosa* e corrispondenti alla finalità premeditata di infastidire l'avversario o - nello specifico caso delineato dalla fonte - di impedire allo stesso di soddisfarsi nel giudizio. A tal proposito si veda anche D. 50.5.1.1 (Ulp. 2 *Opin.*), in cui ritorna tra l'altro espressamente - con specifico riguardo alla condotta di colui che agisce con insistenza contro chi sa essere esonerato dalla responsabilità nel giudizio - il riferimento all'*animus vexandi* nei confronti dell'avversario già presente nel resoconto gaiano: *Qui excusatione aliqua utuntur, quotienscumque creati fuerint, etsi iam ante absoluti sunt, necesse habent appellare. Sed si per calumniam et saepius idem adversarius vexandi gratia eius, quem scit perpetua vacatione subnixum, id facere probatus erit, sumptus litis exemplo decretorum principalium praestare iubeatur ei, quem sine causa saepius inquietavit.*

averne ragioni - quale preciso ed ulteriore intendimento di conseguire con lo stesso il particolare obiettivo di infastidire l'avversario, vale a dire nei termini - per impiegare un'eloquente espressione della dottrina penalistica - di una sorta di «dolo specifico», tendente all'utilizzazione del meccanismo processuale quale strumento vessatorio¹⁴⁰. Mentre la sua differente incidenza oggettiva rispetto ai due rimedi tratteggiati da Gaio rimane indefinita, il tratto qualificante della *calumnia* processuale sotto il profilo soggettivo appare così manifesto, risolvendosi in sostanza nella specifica malafede dell'attore *calumniator* nell'introdurre ed alimentare un contenzioso processuale che sa essere infondato col solo scopo (manifestamente ostruzionistico) di impegnare l'altra parte in un'inutile contesa e di ottenerne - da ultimo - l'ingiustificata condanna: comportamento disonesto e dolosamente orientato nel quale si esprime con ogni evidenza la forma più grave ed apertamente riconoscibile dell'agire temerario inteso come l'esercizio strumentale dell'azione giudiziaria a fronte della coscienza preventiva di essere nel torto¹⁴¹. Né difettano in tal senso delle conferme indirette anche in luoghi diversi dalle richiamate testimonianze della compilazione giustiniana, tra cui in particolare quelle che possono ricavarsi dalla fonti retoriche e da quelle letterarie. Da queste ultime sembra in effetti emergere - seppur con notevole varietà di sfumature e contenuti - un'immagine della calunnia quale situazione caratterizzata dalla malafede di un soggetto nei confronti di un altro e dalla specifica volontà di arrecare un danno attraverso la cosciente vessazione o prevaricatoria insistenza, a prescindere dal fatto che l'atteggiamento vessatorio in questo modo identificato si inserisca o meno

¹⁴⁰ Appare invece tendenzialmente da escludersi, nonostante i notevoli elementi di affinità tra le due figure relative al processo, la possibilità di accostare la calunnia dell'attore così qualificata al dolo generico nel senso classico del termine, vale a dire alla dimensione giuridica del dolo processuale inteso quale comportamento malizioso tenuto dalla parte all'interno del processo e fondante - ad es. - il ben noto strumento dell'*exceptio doli generalis*. Pur presentando a sua volta una innegabile connotazione dolosa, è stato infatti osservato come la calunnia processuale si distingua dal dolo nell'accezione suddetta in quanto appare prescindere del tutto dall'elemento dell'inganno di una parte sull'altra e dall'esigenza di tener conto dello stesso ai fini della sentenza, incarnandosi piuttosto (come del resto si è già visto) nella puntuale volontà di danneggiare l'avversario sanzionabile semmai all'esito e al di fuori del giudizio. In questi termini si esprime in particolare - nella sua opera fondamentale sul tema - M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano, 1973, pp. 424 ss. e Nt. 123. Sulle differenze tra *calumnia actoris* e dolo processuale si veda anche A.M. GIOMARO, *La scelta del mezzo giudiziale*, cit., pp. 136 ss. e C. BUZZACCHI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 136.

¹⁴¹ Sulla nozione di temerarietà della lite nella dottrina e nella giurisprudenza contemporanee si rinvia in particolare - oltre che alla letteratura già richiamata nel capitolo introduttivo - a D. FRANCAVILLA - P. MASTROBERNARDINO, *Lite temeraria: abuso del processo e responsabilità processuale aggravata, profili applicativi e aspetti critici anche nella prospettiva comunitaria*, Matelica, 2014.

in un contesto processuale¹⁴². Alla radice della *calumnia* quale condizione soggettiva che contraddistingue la condotta di un determinato soggetto appare così collocarsi - ancora una volta - la partecipazione soggettiva e psicologica del soggetto medesimo alla situazione in cui questi si trova, nella quale si manifesta non soltanto la consapevolezza dolosa di aver determinato la stessa situazione, ma anche la più specifica e caratteristica disposizione d'animo consistente nel voler volgere quest'ultima a proprio vantaggio e ai danni di un altro, la quale consente come si è visto di avvicinare la figura in esame non soltanto alla dimensione soggettiva del dolo in quanto tale ma anche alla sua più specifica e maliziosa manifestazione nel contesto delittuoso caratteristico del furto¹⁴³. Ad ulteriore e definitiva conferma che anche la calunnia facente capo a chi agisce all'interno del processo, vale a dire quella *calumnia actoris* a cui Gaio riconduce come si è visto - almeno formalmente - entrambi i rimedi esaminati in questa sede, si configura in definitiva (a prescindere dalle sfumature del suo significato su cui si tornerà) come una condizione che attiene essenzialmente all'*animus* e alla sfera delle intenzioni del soggetto interessato¹⁴⁴, segnata in quanto tale - in primo

¹⁴² Di *vexatio* con riferimento alla calunnia parla ad esempio Cicerone (*Verr.* II.3.10.24) nel descrivere l'atteggiamento tirannico della corrotta amministrazione siciliana: *Hunc, uti dicere institui, principem Verres ad fortunas aratorum vexandas diripiendasque esse voluit: huius audaciae nequitiae crudelitati fidelissimos socios optimosque civis scitote hoc praetore traditos, iudices, atque addictos fuisse novis institutis et edictis, tota Hieronica lege, quem ad modum antea dixi, reiecta ac repudiata*. Rimanendo nel contesto delle fonti retoriche, si vedano ancora Cic. *De off.* 1,33, ove il termine viene icasticamente accostato alla dimensione della furbizia (*calliditas*) e a quella dell'*iniuria* e Quint., *Inst.*, 4.2.8, in cui l'atteggiamento della parte *calumniosa* compare invece associato alla consapevole affermazione di circostanze che si conoscono false (e che quindi non possono sostenersi se non in mala fede). Ulteriori e più ampi riferimenti al significato della calunnia nelle fonti letterarie, con particolare riferimento alla letteratura oratoria, in A.M. GIOMARO, *Per lo studio della calumnia*, cit., pp. 119 ss.

¹⁴³ La correlazione concettuale tra la dimensione della *calumnia* e quella furto sembra emergere in particolare, come in parte già accennato, dall'impiego gaiano in relazione alla stessa dell'espressione "*in adfectu*" che compare frequentemente nelle fonti giuridiche proprio con riguardo all'elemento psicologico caratteristico del furto. Tra le numerose testimonianze in tal senso si ricordano ad es. D. 41.3.37 (tratto dalle stesse Istituzioni di Gaio), in cui si dice precisamente che il furto non si commette *sine affectu furandi*, e D. 42.4.7.9 (Ulp. 49 *Ad ed.*), ove l'*adfectus* e l'*animus* maliziosi sono associati alla condotta del latitante che si sottrae intenzionalmente al giudizio. Altrove, il medesimo termine compare peraltro anche in relazione al delitto di *iniuria*. Si veda ad es. D. 44.7.34.pr. (Paul., *Lib. sing. de concurrentibus actionibus*), ove si legge esplicitamente che *iniuria enim ex adfectu fit*.

¹⁴⁴ In tale accezione, la dimensione semantica della *calumnia* sembra del resto ritornare (con le medesime implicazioni) financo laddove il termine in esame risulti impiegato - anziché specificamente in relazione all'attore - con riferimento alla condotta del convenuto che eserciti nel processo un'ingiusta resistenza, la quale viene allora isolatamente connotata - anziché nei generici termini dell'*infittatio* di cui si è già detto - proprio alla stregua di un atteggiamento calunnioso. In questa prospettiva si consideri ad esempio D. 2.7.5.1 (Ulp. 5 *ad Ed.*): *In eum autem, qui vi exemit, in factum iudicium datur: quo non id continetur quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore aestimata, de qua controversia est. Hoc enim additum est, ut appareat etiam si calumniator quis sit, tamen hanc poenam eum perse-*

luogo ed in via generale - proprio dal sostrato doloso delle condotte interessate¹⁴⁵. Ciò che appare tra l'altro differenziarla - all'interno delle fonti - anche dal più ampio e generico concetto di *temeritas*, il quale sembra in effetti identificare in una chiave più marcatamente «oggettiva» le condotte disfunzionali delle parti rispetto agli scopi del processo e rispetto al quale la *calumnia* rappresenta pertanto - proprio in forza della sua connotazione intrinsecamente intenzionale - la manifestazione più grave¹⁴⁶. Così ricostruiti - se non altro a grandi linee - il significato ed i possibili contenuti della nozione di calunnia nel processo civile, occorre a questo punto procedere ad un esame più approfondito dei suoi concreti riflessi sanzionatori a carico della parte a cui essa è imputabile, onde determinare - da un lato - quali conseguenze possano dirsi gravanti sull'attore risultato *calumniator* all'esito del giudizio, e - dall'altro - se sussistano delle differenziazioni oggettive nel trattamento dello stesso nelle diverse situazioni tali da suggerire un'eventuale precisazione dello stesso concetto di *calumnia* processuale come sopra ricostruito. Il che impone naturalmente di esaminare - in modo autonomo, separato e analitico - il differente regime processuale di entrambi i rimedi descritti da Gaio in questa parte del suo manuale come meccanismi specificamente strumentali alla repressione dell'atteggiamento in parola.

4.1.2.1 La repressione specifica dell'agire temerario: il iudicium calumniae

Secondo quanto emerge dal resoconto gaiano ricostruito in apertura, nei confronti dell'attore che abbia agito con *calumnia* all'interno del processo può innanzitutto promuoversi - in via generale - il meccanismo rimediale in quella sede indivi-

qui; ove l'atteggiamento malizioso del convenuto appare manifesto alla luce del fatto che l'azione nei suoi confronti concessa discende dalla circostanza che egli abbia precedentemente esercitato violenza onde liberare un'altra parte dal giudizio. In senso analogo si veda anche D. 50.16.233.pr.

¹⁴⁵ Dell'accertamento della calunnia processuale come di una sorta di «giudizio delle intenzioni» riferito in particolare al comportamento dell'attore si parla esplicitamente in M. BOHACEK, *Un esempio dell'insegnamento di Berito ai Compilatori*, in *Studi Riccobono*, Palermo, 1936, p. 351.

¹⁴⁶ In questo senso veda - ad esempio - la testimonianza di D. 48.16.1.pr. (Marcian., *lib. sing. ad SC Turp.*), da cui sembra in effetti potersi ricavare una sorta di «progressione» in termini di gravità tra le sanzioni dei differenti comportamenti ad essa riconducibili. Sul punto, M. LAURIA, *Calumnia*, in *Studi e Ricordi*, cit., p. 269, che in questo senso definisce la *calumnia* - nelle sue possibili manifestazioni nel quadro del processo - come «la malvagia volontà di *vexare* l'avversario, conoscendosi l'infondatezza della propria pretesa, e di farla nondimeno valere nel proprio interesse». Ulteriori indicazioni in tal senso in G. CAMIÑAS, *Ensayo de reconstrucción del título IX del Edicto Perpetuo de Calumniatoribus*, Santiago de Compostela, 1994, e ID., *Le crimen caulmniae*, in *RIDA*, 37 (1990), p. 117 ss.

duato come *iudicium calumniae*¹⁴⁷. Di tale giudizio la trattazione istituzionale fornisce per vero una ricostruzione stringata e tutt'altro che analitica, transitando quasi subito, dopo averlo introdotto, al confronto tra il medesimo e gli ulteriori rimedi potenzialmente azionabili sul versante dell'attore. Del regime specifico del giudizio di calunnia nel procedimento *per formulas* risultano così identificabili con obiettiva certezza solamente due profili (entrambi sintetizzati - in maniera congiunta - nell'unica annotazione di cui al § 175): quello riguardante - per un verso - l'estensione oggettiva del suo campo di applicazione e quello relativo - dall'altro lato - alle sue possibili conseguenze nei confronti dell'attore. Sotto il primo profilo, ciò che traspare in maniera più esplicita dalle parole di Gaio è la portata generica del rimedio in parola. Il giudizio di calunnia - osserva il giurista - non si applica infatti in situazioni specifiche e precisamente individuate, ma risulta esperibile avverso l'attore calunnioso in qualsivoglia giudizio abbia coinvolto quest'ultimo (...*calumniae iudicium adversus omnes actiones locum habet*); a prescindere cioè dalla natura specifica e dai variabili contenuti delle singole azioni in cui la *calumnia* può esprimersi. Qualificante del relativo meccanismo processuale (e così distintiva del suo funzionamento rispetto ad altri istituti esaminati in seguito nello stesso contesto) appare pertanto, in primo luogo, la sua capacità di operare trasversalmente lungo l'intero spettro del processo civile, configurandosi in tal senso, specie in contrapposizione alla ristretta portata del *iudicium contrarium* (su cui torneremo), quale sanzione «generale» della *calumnia actoris*¹⁴⁸. Sul diverso versante delle possibili implicazioni del rimedio in esame, Gaio si limita invece a precisare - sia pur in termini estremamente generici - che l'esperimento dello stesso nei confronti dell'attore poteva condurre in concreto a conseguenze diverse a seconda del contesto in cui fosse azionato: mentre di regola

¹⁴⁷ Con tale espressione la letteratura romanistica si riferisce comunemente - oltre che all'istituto descritto nel manuale gaiano - anche al rimedio pretorio (*in quadruplum* o *in simplum*) di cui al titolo editale *de calumniatoribus* e alla repressione della *calumnia* in ambito criminale specie nel contesto della *cognitio extra ordinem*, con la conseguenza che - in difetto di ulteriori precisazioni (quali la natura o l'ammontare della condanna derivante dal giudizio) - è talora difficile individuare con esattezza la fattispecie interessata. Sulle incertezze potenzialmente derivanti da siffatta commistione concettuale negli impieghi del termine si veda in particolare G.J. CAMINAS, *Ensayo*, cit., *passim*.

¹⁴⁸ Sulla connotazione «generale» del *iudicium calumniae* rispetto agli altri rimedi esaminati in questa sede si veda ad es. E. BIANCHI, *La temerarietà nelle Istituzioni di Gaio*, cit, p. 294 e nt. 201, il quale lo contrappone in tal senso al carattere "particolare" del *iudicium contrarium* mentre lo associa indirettamente (e per le stesse ragioni) all'operatività generale dell'omonimo giuramento. Per ulteriori e più accurate osservazioni circa il rapporto fra tali istituti si rinvia al par. conclusivo del presente capitolo.

l'esercizio vittorioso del giudizio di calunnia può dar luogo alla condanna dell'attore nella misura di un decimo della somma precedentemente conseguita con il giudizio principale, in particolare, nel caso specifico - e all'apparenza isolato - in cui esso sia proposto contro l'*adsertor libertatis* (che abbia rivendicato con calunnia la libertà di uno schiavo) lo stesso conduce a una sanzione (maggiore) nella misura di un terzo del valore della lite. Nessuna spiegazione è offerta invece dal testo quanto alle ragioni specifiche del più severo trattamento di quest'ultima ipotesi, rispetto alla quale difettano del resto all'interno delle fonti indicazioni soddisfacenti quanto al regime dell'azione, con la conseguenza che in rapporto alla stessa non possono che formularsi delle supposizioni generiche e di carattere presuntivo¹⁴⁹. Al di là di tale obiettiva differenza quanto alle possibili conseguenze dell'applicazione del rimedio nei riguardi dell'attore, nessuna ulteriore peculiarità sembra comunque sussistere tra la fattispecie in esame e le rimanenti ipotesi di repressione della calunnia con il medesimo strumento, tant'è vero che il resoconto istituzionale a quest'ultimo dedicato si arresta subito dopo senza che il giurista abbia ritenuto necessario (diversamente da quanto si dirà per il *iudicium contrarium*¹⁵⁰) soffermarsi ulteriormente sulle diverse circostanze della sua applicazione. Il che - allo stato delle fonti - rende alquanto inverosimile la sussistenza di altre e più specifiche distinzioni rispetto a quella evidenziata.

Ciò che caratterizza peculiarmente il giudizio di calunnia contribuendo maggiormente a distinguerne il regime rispetto agli altri rimedi per la repressione di quest'ultima (e così - in primo luogo - dal giudizio contrario) è tuttavia, come si è già anticipato, la specificità dei presupposti per la sua applicazione, la quale costituisce del resto - nella ricostruzione gaiana - l'oggetto della più diffusa ed analitica trattazione. Secondo quanto emerge dal raffronto tra i due rimedi di cui al richiamato § 176 del rescon-

¹⁴⁹ Non appare in tal senso inverosimile che la maggior severità della sanzione in questo particolare contesto dipendesse dalla circostanza che nel giudizio in esame l'oggetto della contesa fosse direttamente lo stato personale (di libertà o schiavitù) del medesimo *adsertor*, il quale sceglieva di agire personalmente in luogo dello schiavo contestato (privo come tale di legittimazione attiva), con la conseguenza che l'affermazione (calunniosa) del falso con riferimento a una tale circostanza doveva apparire connotata da particolare gravità. Sembra accedere a questa tesi E. BIANCHI, *La temerarietà*, cit., p. 298, secondo il quale "il tasso più elevato [contro l'*adsertor liberatis*] si giustifica per l'esigenza di porre un freno alla possibilità di rinnovare indefinitamente un processo di libertà". In generale sul ruolo dell'*adsertor libertatis* e del relativo giudizio M. KASER, *Das römische Privatrecht I*, cit., p. 288 ss.

¹⁵⁰ Sul punto, si ritornerà più ampiamente *infra* al § 4.1.2.2.

to istituzionale, laddove il *iudicium contrarium* risulta esperibile ogni qual volta l'attore sia rimasto soccombente (*omni modo damnatur actor, si causam non tenuerit*), il *iudicium calumniae* può trovare applicazione unicamente laddove egli non soltanto abbia agito nel processo con la consapevolezza soggettiva di non avervi diritto (*qui intellegit non recte se agere*), ma anche con l'intenzione specifica di nuocere in tal modo alla sua controparte (*vexandi adversarii gratia*); ciò che è sufficiente - nelle parole di Gaio - a fare della coercizione della *calumnia* per mezzo di esso realizzata una conseguenza processuale di minore gravità rispetto a quella più rigorosa e intransigente (*severior*) potenzialmente derivante dal giudizio contrario. Presupposto imprescindibile affinché l'attore possa essere sanzionato mediante lo specifico meccanismo del *iudicium calumniae* è dunque che l'azione da questi esercitata (ed in cui egli sia risultato soccombente) risulti connotata - sotto il profilo soggettivo - dalla consapevolezza dolosa della medesima parte di non comportarsi correttamente nei confronti dell'avversario, facendo valere una pretesa che sa essere infondata ma che spera cionondimeno potersi imporre a suo vantaggio ed a svantaggio dell'altro (oltre che - come ben si comprende - della giustizia del processo). Conseguentemente, l'«illecito processuale» che mediante quel giudizio riceve una sanzione risulta caratterizzato - sotto il profilo giuridico - dalla necessaria e simultanea sussistenza di almeno tre componenti intimamente correlate, le quali possono qualificarsi in tal senso sul piano concettuale come altrettanti «elementi costitutivi» della fattispecie sanzionata: a) Essenziale ai fini dell'eventuale attivazione del giudizio di calunnia è innanzitutto l'iniziativa processuale posta in essere dall'attore e consistente nella instaurazione di un giudizio nei confronti del convenuto, la quale rappresenta in tal senso il «sostrato oggettivo» su cui si fonda ogni valutazione successiva circa la meritevolezza o meno della medesima iniziativa. La condotta processuale così identificata, a cui Gaio si riferisce indirettamente con la generica espressione *actionem instituere*, non presuppone una specifica attività ad opera dell'attore o il compimento da parte sua di atti processuali determinati, identificandosi piuttosto e più in generale con l'esercizio stesso dell'azione in quanto tale considerata¹⁵¹, così che il giudizio di calunnia even-

¹⁵¹ Tanto la locuzione *actionem instituere* impiegata da Gaio quanto quella, semanticamente equivalente alla prima, *actionem/iudicium intendere* si trovano infatti frequentemente utilizzate nelle fonti onde riferirsi all'esercizio dell'azione inteso in senso lato quale attivazione di una pretesa in sede pro-

tualmente esperito tende a configurarsi come uno mezzo di repressione della scelta stessa di azionare un giudizio. La medesima circostanza lascia inoltre chiaramente trasparire come il comportamento sanzionato dal giudizio in parola non possa che provenire da chi ha promosso il giudizio, ossia che - pur non mancando le ipotesi di *calumnia* del convenuto - quella repressa mediante il *iudicium calumniae* sia unicamente la *calumnia* posta in essere dall'attore¹⁵². b) Perché avverso chi agisce possa essere esercitato il meccanismo rimediale del giudizio di calunnia occorre poi che il procedimento da questi instaurato nei confronti dell'avversario si concluda da ultimo con la sua soccombenza, ossia che all'esito del giudizio in questo modo instaurato la pretesa dallo stesso fatta valere con l'esercizio dell'azione - e con ciò l'azione stessa - si sia dimostrata infondata. A quest'ulteriore condizione per l'operatività del rimedio deve intendersi riferita - in questi termini - l'allusione gaiana all'*agere non recte* da parte dell'attore, con cui si esprime appunto (in primo luogo) la circostanza che quest'ultimo abbia agito in concreto senza avervi ragione e avanzando di conseguenza una pretesa giuridica immeritevole di tutela¹⁵³. Dal momento che il profilo della

cessuale, a prescindere dunque dalle modalità di esercizio della stessa o dagli specifici mezzi tecnici a tal fine necessari (fra cui in primo luogo la formalizzazione della pretesa stessa nel contesto della formula). In questa prospettiva si considerino ad es. D. 30.49.5 (*Sed si testator decem mihi sub fideiusso-
sore debuit, fideicommissi petitio non solum heredi, sed et fideiussori competit: interest enim eius sol-
vi mihi, quam ipsum conventum mandati actionem intendere*) e D. 23.3.44.1 (*Sive igitur cum filio post
hac sive cum patre agere instituerit, exceptione pacti conventi summovebitur*), in ambedue i quali la locuzione in parola appare riferita all'instaurazione di un giudizio complessivamente considerata.

¹⁵² In questo senso G.J. CAMIÑAS, *Ensayo*, cit., pp. 80-81. Delle ipotesi di repressione della *calumnia* anche sul versante delle condotte del convenuto si è già detto *supra*. Al proposito sia sufficiente ricordare che alla *calumnia* del soggetto passivo del rapporto processuale si riferisce lo stesso Gaio quando tratta del giuramento di calunnia prestato dallo stesso nella forma *ne calumniae causa infitias ire*.

¹⁵³ Tale implicazione di immeritevolezza ed ingiustizia della pretesa azionata risulta in qualche modo ricavabile, *a contrario*, dalla stessa etimologia del termine *recte* qui associato all'iniziativa dell'attore, il quale discende dall'aggettivo *rectus* ed esprime (in contrapposizione a *praus*) la correttezza fisica e morale di un'azione (in termini A. ERNOUT, A. MEILLET, s.v. "*rectus*", in *Dictionnaire*, cit., p. 1000; B. HEUMANN, A. SECKL, s.v. "*recte*", in *Handlexikon*, cit., p. 451). Il riferimento all'*agere recte* come giusto e fondato esercizio dell'azione sembra ritornare - tra l'altro - in D. 10.4.15 (*Thesaurus meus in tuo fundo est nec eum pateris me effodere: cum eum loco non moveris, furti quidem aut ad exhibendum eo nomine agere recte non posse me Labeo ait, quia neque possideres eum neque dolo feceris quo minus possideres, utpote cum fieri possit, ut nescias eum thesaurum in tuo fundo esse [...]*). Sulla complessa problematica relativa al significato di tale espressione (e dei suoi derivati) in relazione alla procedura *per formulas*, che si intreccia evidentemente con la più ampia tematica della nozione «concreta» dell'*actio* nel processo classico e che sarebbe pertanto impossibile affrontare in questa sede, esiste una letteratura pressoché sterminata alla quale non può che genericamente rinviarsi. Per un'introduzione alla tematica e per più ampi riferimenti bibliografici si veda in particolare M.A. FINO, *Idee romane in tema di giurisdizione: alle radici del diritto europeo oltre la tradizione romanistica*, Napoli, 2012, *passim*; ID., *Recte agere potes. Per il recupero di una prospettiva dei giuristi romani in tema di processo*, in L. GAROFALO (a cura di), *Actio in rem e actio in personam*, cit., pp. 333 ss.; nonché G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, cit., p. 278.

condanna dell'attore in ragione dell'infondatezza della pretesa azionata risulta a ben vedere condiviso con il *iudicium contrarium*, è tuttavia manifesto che l'*agere non recte* specificamente sanzionato con il giudizio di calunnia debba implicare qualcosa di più della semplice soccombenza all'esito del giudizio, come in effetti sembra risultare apertamente dalla considerazione di Gaio, per cui al rimedio in esame è assoggettato unicamente chi sia cosciente sotto il profilo soggettivo (*qui intellegit*) di non agire con giustizia. Ai fini dell'esperibilità del *iudicium calumniae* non basta quindi che l'azione sia stata esercitata senza un valido fondamento, ma occorre anche - e al tempo stesso - che di tale infondatezza l'attore avesse piena coscienza al momento dell'introduzione del giudizio, così che il rimedio in esame finisce in buona sostanza per colpire - in modo specifico e differenziato - unicamente le condotte che si risolvano in un utilizzo superfluo e consapevolmente distorto dello strumento processuale, ossia - con terminologia impropria ma non meno eloquente - in un esercizio «abusivo» del diritto di azione¹⁵⁴. c) Ad integrare la fattispecie sanzionata con il *iudicium calumniae* concorre infine - in aggiunta alle descritte circostanze - un elemento ulteriore e (nel senso giuridico del termine) più specificamente soggettivo: la circostanza - già sopra individuata nei termini enfatici di una sorta di «dolo specifico» facente capo all'attore - che l'esercizio consapevole di un'azione infondata sia specificamente rivolto per volontà della parte ad arrecare un disturbo nei confronti dell'avversario, ossia che l'agire scientemente ingiusto rispetto agli scopi del giudizio sia al tempo stesso un agire intenzionalmente oppressivo rispetto al soggetto a cui quest'ultimo si rivolge (ciò che in Gaio risulta espresso, nei termini suddetti, mediante l'indiretto riferimento ad un *animus vexandi*). È anzi in quest'ulteriore elemento intenzionale e volutamente fraudolento che la *calumnia* su cui si fonda il rimedio in esame sembra esprimersi nella sua più piena ed autentica portata, posto che la definizione di

¹⁵⁴ Quanto alla legittimità dell'impiego della dogmatica dell'abuso (del processo e dell'azione) con speciale riferimento al diritto romano non può che rinviarsi alle considerazioni già svolte nel capitolo introduttivo. Sul ruolo della coscienza dell'attore circa l'infondatezza dell'azione quale elemento qualificante del *iudicium calumniae* e principale motivo di contrapposizione tra questo ed il giudizio contrario si vedano ancora una volta le osservazioni di G.J. CAMIÑAS, *Ensayo*, cit., p. 83, ove si evidenzia tra l'altro come la *calumnia* processuale - caratterizzandosi per lo "*scire non recte se agere*" imputabile all'attore - possa qualificarsi in questi termini come l'immediato contrario dell'*agere recte*. Secondo l'autore, così, risulterebbe che "*recte es el «termino marcado» para precisar, a través de una relación de oposición con él, la concurrencia en el proceder del agente calumnioso de un uso abusivo de los derechos desconocidos o perturbados*" e potrebbe di conseguenza ipotizzarsi un parallelismo concettuale tra la figura in esame e l'endiadi «scienza e coscienza» tutt'ora comune nelle lingue neolatine.

quest'ultima nel resoconto gaiano così come in altre fonti appare incentrata come si è visto proprio sulla connotazione volontaria e nociva dei comportamenti processuali ad essa corrispondenti. L'attore soccombente nel giudizio principale rimane quindi esposto alle conseguenze sanzionatorie del giudizio di calunnia soltanto laddove il suo avversario nel giudizio sia in grado di dimostrare che il suo agire processuale è stato mosso sin dal principio da questa specifica intenzione, la quale qualifica in tal senso, con tutte le problematiche probatorie inevitabilmente legate alla dimostrazione processuale di un elemento dell'intenzione¹⁵⁵, i comportamenti specificamente riconducibili nella sfera di applicazione del giudizio di calunnia, colorandone il contenuto di un'ulteriore ed ancora più intensa connotazione psicologica di natura soggettiva¹⁵⁶.

Questi, dunque, gli elementi qualificanti del giudizio di calunnia sotto il profilo dei presupposti che ne giustificano l'impiego, alla luce dei quali può a questo punto delinearsi una rappresentazione più precisa dei suoi caratteri distintivi rispetto agli altri strumenti esaminati da Gaio nella medesima sede. A fronte delle specifiche circostanze in cui il rimedio in esame può trovare applicazione, sembra emergere in sostanza un'immagine complessiva del *iudicium calumniae* quale strumento processuale dalla natura «bifronte»: caratterizzato, per un verso, dalla estrema ampiezza del suo campo di applicazione sotto il profilo oggettivo, coincidente come si è visto con la generalità dei giudizi in cui la *calumnia actoris* può in astratto manifestarsi, ma al tempo stesso - e per altro verso - da un'applicazione particolarmente circoscritta sotto il profilo soggettivo, posto che (come si è messo in evidenza nelle pagine precedenti) la coercizione della *calumnia* mediante il giudizio in esame a) si riferisce unicamente alle condotte calunniose poste in essere dall'attore con l'esercizio dell'azione (ad esclusione, dunque, di quelle eventualmente provenienti da altre parti del proces-

¹⁵⁵ Sulle inevitabili difficoltà probatorie connesse alla dimostrazione della *calumnia* e dell'*animus vexandi* nel corso del processo si veda incidentalmente (anche per alcuni spunti sulle possibili soluzioni di tale problema eventualmente immaginabili per l'epoca classica) G.J. CAMIÑAS, *op. ult. cit.*, p. 91.

¹⁵⁶ Da ciò, come si è visto, l'implicito accostamento tra l'intenzionalità delle condotte corrispondenti all'*animus calumniandi* e i comportamenti comunemente ricondotti nelle fonti alla dimensione del dolo *sciens*, *malus* e *consultus* (paradigmatico appare in tal senso la testimonianza di D. 5.1.10 e ss.). Nel senso di una connotazione intrinsecamente vessatoria della *calumnia*, e della sua conseguente esclusione in presenza di obiettive ragioni giustificative del giudizio, si esprime tra gli altri M. BOHACEK, *Un esempio dell'insegnamento di Berito*, cit., p. 351: "[l'attore] non può essere incolpato di agire *calumniae causa* finchè ci sia una sufficiente causa obbiettiva del suo intervento...".

so), *b*) è in ogni caso subordinata alla consapevolezza dell'attore medesimo in ordine all'infondatezza della pretesa azionata, e *c*) presuppone comunque - in aggiunta a questo elemento soggettivo - l'ulteriore dimostrazione a carico di quest'ultimo di una più specifica intenzione vessatoria nei confronti dell'avversario. Con il che, il giudizio di calunnia nei confronti dell'attore sembra assumere i tratti di un rimedio specifico (per non dire specializzato) dell'agire temerario nel suo significato più stringente, colpendo puntualmente la calunnia dell'attore quale esercizio vessatorio del diritto di azione, e distinguendosi in tal senso (come apparirà più evidente nella trattazione successiva) tanto dallo strumento parallelo del *iudicium contrarium* quanto dagli altri meccanismi repressivi della litigiosità temeraria complessivamente intesa, fra cui in primo luogo quello già esaminato della condanna nel doppio nelle azioni litiscrecenti, il quale - come si è visto - pur sanzionando in un certo senso un atteggiamento «colposo» della parte convenuta altro non presuppone che la soccombenza di questa all'esito del processo, laddove per effetto del *iudicium calumniae* la parte interessata subisce piuttosto una pena specifica per la sua malafede. Non dunque una repressione «omogenea» di ogni comportamento dell'attore che lo abbia infine condotto a perdere la lite, ma un rimedio unidirezionale (e quindi «selettivo») diretto a colpire la sua coscienza specifica - e in questi termini la sua volontà - di agire scorrettamente.

Quanto ai profili tecnici riguardanti in concreto l'operatività del rimedio - tematica alla quale nella trattazione di Gaio non si accenna in alcun modo - se appare oramai consolidata la tesi che individua nel *iudicium calumniae* l'oggetto specifico di una formula autonoma nei confronti dell'attore¹⁵⁷, risulta ancora ampiamente dibattuto se quest'ultima possa farsi valere come una vera e propria azione distinta esercitabile dal convenuto in un momento successivo ovvero si collochi direttamente all'interno

¹⁵⁷ L'opinione che alla affermazione *in iure* della *calumnia* (processuale) corrispondesse una precisa formalizzazione anche sul piano formulare risale in particolare a O. LENEL, *Edictum Perpetuum*, 3, cit., p. 314, ove si ipotizza - come già anticipato - che nell'*edictum de calumniatoribus* la clausola relativa al *iudicium calumniae* qui interessato seguisse immediatamente la distinta formula nel quadruplo con funzione penale. Nello stesso senso M. LEMOSSE, *Recherches sur l'histoire del serment du calumnia*, cit., p. 36. Sui diversi profili della risalente polemica in merito all'autonomia del giudizio di calunnia si veda in generale P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, cit., p. 1039, nt. 4. Siffatta varietà di opinioni sembra tra l'altro potersi spiegare - come osserva D.A. CENTOLA, *La disciplina della condotta vessatoria*, cit., p. 186 ss. - in ragione della scarsità di testimonianze attendibili presenti al riguardo nella compilazione giustiniana, dovuta a sua volta in massima parte alle profonde trasformazioni subite dall'istituto della *calumnia* processuale per effetto delle riforme postclassiche.

del processo principale alla stregua di una clausola integrata nello stesso. La prima tesi, a lungo coltivata come quella prevalente, si fonda in particolare sulla circostanza formale che il testo gaiano (pur tacendo in concreto sul funzionamento del rimedio) impieghi in relazione al *iudicium calumniae* il verbo *opponere*, il quale indicherebbe appunto che si sarebbe trattato di un giudizio indipendente attivabile nei confronti dell'attore con un'azione distinta¹⁵⁸. In favore della contrapposta ricostruzione per cui il giudizio di calunnia avrebbe formato una parte integrante dell'azione principale si sono invece schierati - seppur con risultati parzialmente differenti - gli autori che hanno preferito valorizzare nella ricostruzione del rimedio la circostanza che esso presupponga in ogni caso la condanna dell'attore nel primo giudizio (e la correlativa assoluzione del convenuto), il che imporrebbe in questo senso di ritenere che la *calumnia actoris* dovesse farsi valere da parte del secondo già nella fase *in iure* del processo principale. Negli stessi termini, il regime processuale del *iudicium calumniae* si avvicinerebbe tra l'altro - secondo i medesimi autori - a quello caratteristico del giudizio contrario (a sua volta comportante una condanna dell'attore in base ad una clausola già risultante dal giudizio principale); con l'ulteriore conseguenza che i due rimedi finirebbero per distinguersi nella sostanza soltanto per la diversa intensità dell'onere della prova a carico del convenuto (il che spiegherebbe - tra l'altro - la rapida decadenza del primo in favore del secondo e del *iusiurandum calumniae*)¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Fra i principali sostenitori della tesi in parola deve annoverarsi - ancora una volta - il già citato M. LEMOSSE, *op.l.cit.*, secondo il quale la ricostruzione del giudizio di calunnia come processo a se stante (ossia autonomo e distinto dall'azione principale), oltre a risultare più coerente con la testimonianza delle fonti, giustificerebbe al contempo “la différence de régime entre les deux sanctions [*iudicium* e *iusiurandum de calumnia*] et la désuétude rapide de *iudicium*, qui était le moins commode”, proprio in quanto avrebbe potuto proporsi soltanto una volta accertata la soccombenza dell'attore. In senso analogo, più di recente, E. BIANCHI, *La temerarietà nelle Istituzioni di Gaio*, p. 294, Nt. 201. Ulteriori riferimenti in A.M. GIOMARO, *Per lo studio della calumnia*, cit., p. 114 e nt. 148.

¹⁵⁹ In questo senso si veda, da ultimo, C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo*, cit., pp. 137 ss., la quale insiste tra l'altro sulla necessità di inquadrare il resoconto gaiano sul giudizio di calunnia alla luce della più generale impostazione pragmatica del testo istituzionale, la quale imporrebbe di collocare il rimedio già all'interno del processo principale (ed anzi in un momento anteriore alla *litis contestatio*) in quanto è in quella sede che al convenuto spetta la scelta dello strumento da utilizzare allo scopo di reprimere le prevaricazioni dell'attore. In senso analogo C. SERANGELI, *Le azioni contro il litigante temerario*, cit., p. 199: “possiamo rilevare, infatti, la sussistenza di un principio generale secondo cui, se è vero che la *condemnatio de calumnia* presuppone necessariamente la dichiarata soccombenza dell'attore, [...] è anche vero che l'incardinamento dell'*actio calumniae* deve avvenire nell'ambito dello stesso processo principale”. Un autorevole tentativo di inquadrare la repressione della *calumnia* dell'attore nello stesso contesto del processo principale risale tuttavia già agli studi di M. WLASSAK, *Praescriptio und bedingter Prozess*, in *ZSS*, 33 (1912), p. 119, secondo il quale l'esercizio del *iudi-*

Al di là della fondatezza o meno dell'una e dell'altra delle ricostruzioni proposte, su cui a ben vedere le risultanze delle fonti difficilmente permetterebbero di esprimersi in maniera definitiva, ciò che in questa sede appare più utile evidenziare è ad ogni modo che la risposta ai complicati interrogativi circa la «struttura tecnica» del giudizio di calunnia¹⁶⁰, pur avendo un'innegabile rilevanza concettuale per la ricostruzione del rimedio, non appare invero determinante ai fini della diversa e più ampia questione (che qui maggiormente interessa) relativa alla funzione e alle implicazioni dello stesso nell'economia complessiva del processo *per formulas*, in quanto a ben vedere essa non condiziona - se non in maniera indiretta e del tutto mediata - la possibilità di identificare correttamente i presupposti dell'istituto e di comprenderne pertanto il ruolo effettivo nel quadro della prevenzione della litigiosità temeraria. Sia che la *calumnia* dell'attore venisse repressa nello stesso contesto del giudizio principale, sia che ciò avvenisse in un separato processo, infatti, il dato fondamentale per la presente indagine rimane quello (già sopra richiamato) per cui a questo scopo non risulta sufficiente un generico atteggiamento non cooperativo da parte dell'attore, ma occorre che quest'ultimo abbia agito nel processo con il deliberato intento di danneggiare l'avversario, il quale verrà poi sanzionato (poco importa se separatamente o nello stesso giudizio) con la condanna pecuniaria dell'attore medesimo in quanto responsabile delle relative condotte¹⁶¹. È quindi questo profilo intrinsecamente soggettivo (nonché il disvalore ad esso associato) a caratterizzare specificamente il giudizio di calunnia quale forma di trattamento processuale della condotta di chi agisce, condizionando immediatamente l'intensità e il significato della sua repressione a prescindere dalle forme concrete con cui quest'ultima si attua, le quali assumono in effetti - in questa prospettiva - un'importanza relativa e a ben vedere secondaria. Ed è sempre alla luce di quest'intima valenza soggettiva del rimedio in esame che il ruolo di que-

cium calumniae (al pari del ricorso alternativo al *iudicium contrarium*) avrebbero richiesto l'inserimento di un'apposita *praescriptio* all'interno della formula del giudizio principale.

¹⁶⁰ L'espressione è tratta da C. BUZZACCHI, *op. ult. cit.*, p. 137.

¹⁶¹ Sulla centralità di siffatta dimensione intenzionale ai fini della configurabilità della *calumnia* a livello processuale si rimanda tra l'altro, oltre che alle considerazioni già formulate nei precedenti paragrafi, a A. VALIÑOS-ARCOS, *La aemulatio en el derecho privado romano: su examen en sede de relaciones de vecindad y de calumnia procesal*, Santiago de Chile, 2002, pp. 185 ss., il quale ritiene su queste basi che la figura in oggetto, pur essendo sorta in un contesto giuridico del tutto estraneo alla moderna prospettiva dell'emulazione processuale, possa a buona ragione essere ricondotta - e pertanto integrata - "[...] dentro de la concepción dogmática del abuso del derecho".

sto (e il significato stesso della nozione di *calumnia*) devono essere indagati anche nel confronto con gli altri strumenti di garanzia del processo contro gli abusi di parte.

4.1.2.2. La sanzione dell'*incauto processare* mediante il *iudicium contrarium*

Accanto alla repressione della *calumnia actoris* per mezzo del ricorso all'omonimo giudizio, come si è visto, Gaio riconduce tra gli strumenti di contrasto delle condotte temerarie sul versante dell'attore anche l'ulteriore e differente rimedio del *iudicium contrarium* contro di esso esperibile¹⁶². L'intera trattazione di questo autonomo istituto nei paragrafi del manuale ad esso dedicati risulta impostata, come si è già evidenziato in apertura dell'indagine, nei termini di un'analisi congiunta (e quindi di un confronto) con il *iudicium calumniae*, vale a dire come indicazione alternativa - dal punto di vista del convenuto - delle concrete possibilità di ricorrere all'uno piuttosto che all'altro¹⁶³. Del *iudicium contrarium* si dice così innanzitutto - seguendo lo schema già impiegato per il *iudicium calumniae* - che a differenza di quest'ultimo esso non opera in generale e per qualsiasi azione, ma può essere esperito nei confronti dell'attore unicamente all'interno di giudizi specifici (*ex certis causis*) e preventivamente individuati. Degli stessi il giurista offre quindi - al § 175 già sopra richiamato - una breve elencazione (verosimilmente incompleta)¹⁶⁴, specifi-

¹⁶² In alternativa a siffatta locuzione come impiegata da Gaio in relazione alla *calumnia*, si ricorre talora - allo scopo di riferirsi al medesimo istituto - anche alla più generica espressione *actio contraria* con cui si identificano comunemente le ulteriori ipotesi di giudizi «reciproci» esperibili da una parte nei confronti di un'altra onde far valere nei riguardi di questa una pretesa speculare e correlativa alla prima (com'è il caso tra le altre delle azioni *contrariae* collegate al mandato, al deposito, al pegno o alla tutela). Per quanto sospettato - soprattutto in passato - di essere insiticio, tale uso alternativo delle due locuzioni appare del resto confermato anche dalle fonti (si veda ad es. D. 8.5.8.pr. e D. 13.7.25), né vi è ragione di dubitare che la medesima espressione risultasse utilizzabile anche nell'ipotesi (specifica ma funzionalmente equivalente) dell'azione esperibile contro l'attore calunnioso. Sul punto G. PROVERA, *Actiones contrariae e sistema contrattuale romano*, in Labeo, 1955, p. 356 ss.

¹⁶³ Da parte di alcuni si è anzi evidenziato come l'intera ricostruzione gaiana dei rimedi esperibili contro l'attore calunnioso risulti a ben vedere orientata, più che dalla volontà di proporre una "concettualizzazione" specifica dei rimedi esaminati, dall'intento funzionale di definire puntualmente - e in chiave pragmatica - i criteri di scelta tra i differenti rimedi a disposizione delle parti. Così, in particolare, C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo*, cit., pp. 138 ss. e p. 150.

¹⁶⁴ Il carattere meramente esemplificativo dell'elencazione gaiana delle azioni che ammettono il ricorso processuale al giudizio contrario, suggerito ancora una volta dall'impiego dell'avverbio *veluti* ad apertura della stessa, è messo in evidenza - tra gli altri - da C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo*, cit., p. 148, la quale individua tra l'altro in siffatta circostanza, ricondotta al "consuetudo modo esemplificativo" della narrazione istituzionale, un evidente parallelismo con le altre elencazioni in funzione didattica (e quindi non tassativa) che si sono viste ricorrere nel manuale classico.

cando in particolare che di tale strumento è possibile avvalersi nell'*actio iniuriarum*, nel giudizio contro la donna che abbia dolosamente trasferito ad altri il possesso *ventris nomine* e nell'azione nei confronti di chi sia impedito da terzi - sempre con dolo - di entrare nel possesso assegnatoli dal pretore. Come nel caso del giudizio di calunnia vengono infine definite - anche per l'ipotesi del giudizio contrario - le sanzioni connesse all'eventuale condanna subita dall'attore per effetto dello stesso, le quali si caratterizzano peraltro per un ammontare differente e tendenzialmente più elevato rispetto a quelle collegate all'azione di *calumnia*: il quinto del valore complessivo della lite nelle ipotesi della *possessio ventris nomine* e dell'azione per l'immissione nel possesso impedito da un terzo; soltanto un decimo del medesimo valore (e cioè lo stesso ammontare del giudizio di calunnia) nell'ipotesi residua dell'*actio iniuriarum*.

È tuttavia evidente che ciò che connota peculiarmente il *iudicium contrarium* rispetto alla parallela disciplina del giudizio di calunnia è soprattutto l'assenza - tra i requisiti specifici per l'applicazione del primo - del peculiare presupposto soggettivo che si è visto caratterizzare l'operatività del secondo. Se infatti sotto il profilo oggettivo i due rimedi in parola - ferma restando la differente portata e l'entità delle sanzioni - presentano a ben vedere molti aspetti in comune (comportando ambedue la condanna dell'attore ad una pena pecuniaria in caso di soccombenza in un giudizio principale), sul versante soggettivo i rispettivi regimi non potrebbero essere tra di loro più distanti: mentre il *iudicium calumniae* presuppone in ogni caso la dimostrazione processuale che l'attore abbia agito in malafede per disturbare l'avversario, il *iudicium contrarium* è del tutto svincolato da siffatta condizione, conducendo in concreto alla condanna dell'attore anche laddove quest'ultimo abbia iniziato il giudizio nella convinzione (eventualmente erronea) di avervi diritto. Il che significa - con altri termini - che la sanzione è riconosciuta in questi casi per il semplice fatto che all'esito del giudizio la pretesa fatta valere dall'attore sia risultata infondata (ossia, come si legge al § 178, *si causam non tenuerit*), conferendo in sostanza alle ipotesi nelle quale è ammissibile il giudizio contrario le apparenze di fattispecie puramente «obiettive», nel

senso che per la loro integrazione non rileva in alcun modo l'atteggiamento soggettivo della parte interessata né è necessaria una sua valutazione specifica¹⁶⁵.

La differenza così messa in luce tra i due rimedi esaminati da Gaio sotto il profilo dei presupposti ha generato - nella dottrina romanistica - non poche incertezze e malumori esegetici, considerato che, se è vero che l'atteggiamento calunnioso dell'attore è richiesto unicamente per il giudizio di calunnia (così che la *calumnia* stessa appare quindi repressa soltanto con quest'ultimo), è altrettanto vero che i entrambi gli istituti sono presentati in apertura (al § 174) come strumenti di repressione della *calumnia actoris*. Non stupisce - pertanto - che alcuni abbiano creduto di poter riconoscere nell'associazione tra i due rimedi nel resoconto gaiano un aspetto difficilmente spiegabile della dottrina istituzionale, se non addirittura un'autentica «svista» dell'autore classico, il quale avrebbe in tal senso erroneamente qualificato il *iudicium contrarium* come una forma di contrasto della *calumnia* al pari dell'omonimo giudizio¹⁶⁶. A patto di non voler aderire a queste posizioni più estreme e rinunciare quindi ad individuare una corenza di fondo nel discorso gaiano, appare dunque necessario ricercare il fondamento della funzione repressiva del rimedio in esame (e così la giustificazione del suo esplicito collegamento con la nozione di *calumnia*) in una diversa prospettiva. E a tal fine occorre ritornare in maniera più approfondita all'aspetto della disciplina processuale di tale istituto che, al di fuori del differente rilievo dell'*animus* dell'attore, contribuisce più chiaramente a distinguerlo dal giudizio di calunnia, vale a dire (come si è visto) la dimensione assai più circoscritta del suo campo di applica-

¹⁶⁵ Così - tra gli altri - C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo*, cit., p. 150; A.M. GIOMARO, *La scelta del mezzo processuale*, cit., p. 134 e C. BERTOLINI, *Il giuramento*, cit., p. 191. Sulla tendenziale irrilevanza della valutazione processuale della malafede (e quindi del dolo) nel contesto del *iudicium contrarium* si veda anche G. PROVERA, *Una riforma giustiniana in tema di iudicia contraria*, in *LED*, 2011, spec. p. 7 ss. il quale sembra peraltro voler individuare in tale circostanza un significativo profilo di continuità tra il rimedio in esame ed i *iudicia contraria* propriamente intesi quali azioni riconvenzionali nei rapporti contrattuali sinallagmatici, osservando come la stessa situazione di contrapposizione tra soggetti di un rapporto giuridico con pretese tra di loro speculari sembri riprodursi - *mutatis mutandis* - anche nel caso della calunnia processuale, per il quale sarebbe pertanto apparso opportuno riconoscere alla parte passiva un'analoga figura di tutela giudiziale nei confronti dell'avversario.

¹⁶⁶ Particolarmente eloquente appare in tal senso l'opinione del LAURIA (*Calumnia*, cit., p. 128 e Nt. 5), il quale riconosce sul punto un'"evidente imprecisione" del giurista e manifesta di ritenere specialmente incomprensibile la qualificazione come tale del *iudicium contrarium*, che nulla avrebbe a che vedere con i rimedi contrattuali così denominati e diretti a far valere una prestazione reciproca. A queste tesi dubitative sembra fare eco per certi aspetti - seppur in una forma più moderata e riflessiva - anche l'opinione di E. BIANCHI, *La temerarietà*, cit., p. 294, secondo il quale soltanto al *iudicium calumniae* (e al corrispondente giuramento) potrebbe riconoscersi il carattere di rimedio specifico contro la *calumnia*, mentre nel caso del *iudicium contrarium* mancherebbe ogni richiamo all'*animus vexandi*.

zione. La stessa circostanza che il *iudicium contrarium* sia ammesso (anziché nella generalità delle azioni) unicamente in una serie di giudizi tassativamente individuati sembra infatti suggerire che alla radice di tali ipotesi possa individuarsi qualche elemento comune tale da giustificare la limitazione alle stesse della sanzione dell'attore e la mancata indagine - nei medesimi casi - del suo atteggiamento psicologico. I casi ai quali Gaio espressamente riconduce la possibile applicazione del *iudicium contrarium* sono, come sopra evidenziato, solamente tre: a) l'*actio iniuriarum*; b) l'azione contro la donna immessa nel possesso *ventris nomine* che lo abbia dolosamente trasferito ad un terzo e c) l'azione promossa da chi si ritenga impedito nell'entrare in possesso dei beni già assegnatigli con provvedimento del pretore. Né vi è ragione di dubitare che le fattispecie in tal modo esemplificate, quand'anche non fossero le uniche in cui il rimedio era ammesso in età formulare, dovessero quanto meno apparire come quelle più rappresentative del suo campo di applicazione, posto che Gaio non ritiene di esemplificarne altre né in questa sede né nel descrivere in seguito le conseguenze sanzionatorie dell'applicazione del rimedio. Passando dunque ad esaminare più da vicino le singole situazioni menzionate nel testo, può osservarsi quanto segue. Il primo dei rimedi elencati da Gaio nella testimonianza in esame, l'*actio iniuriarum*, è concesso dal pretore - per il tramite di una formula annuale - in favore di chiunque ritenga di aver subito da parte di un terzo una lesione (fisica o morale) alla propria sfera personale, consentendo allo stesso di ottenere dal primo una riparazione in denaro di ammontare variabile disposta dal magistrato secondo la forma estimatoria del *quantum bonum et aequum sibi videbitur*¹⁶⁷. A prescindere dal differente contenuto delle situazioni azionate¹⁶⁸, oggetto specifico del relativo giudizio è quindi la rivalsa per un'offesa subita, la quale si rivolge personalmente nei confronti dell'offensore e contro di lui deve essere espressa in una forma non equivoca, posto che un'accusa

¹⁶⁷ In generale sulla repressione dell'*iniuria* nel processo privato A. MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano, 1977 e F. RABER, *Grundlagen klassischer Injurienansprüche*, 1969. È invece da intendersi riferita alla sanzione dell'*iniuria* nel differente contesto dei *crimina publica* - e non contrasta pertanto con le risultanze delle fonti in questa sede esaminate - la testimonianza dello stesso Gaio in D. 47.10.43 (Gai., 3 *Regularum*), da cui sembrerebbe potersi ricavare che la repressione della *calumnia* nell'*actio iniuriarum* avverrebbe essenzialmente nelle autonome forme della *cognitio extra ordinem*. Sul punto A.M. GIOMARO, *La scelta del mezzo giudiziale*, cit., p. 137-138.

¹⁶⁸ Per una sintesi dei complessi problemi sottesi alla ricostruzione delle origini del rimedio e delle sue forme di attuazione nella giurisdizione pretoria (compresa l'annosa questione circa la presunta esistenza di un *edictum iniuriarum*) si veda in part. R. FIORI, *Le formule dell'actio iniuriarum*, Roma, 2004.

vagamente definita rappresenta a sua volta un'offesa all'onore¹⁶⁹. Con il secondo dei rimedi menzionati - a cui si allude esplicitamente anche nei titoli V e VI del libro 25 del Digesto giustiniano (*Si ventris nomine muliere in possessionem missa*) - il magistrato riconosce invece un'azione specifica (mista ed *in factum*) per l'ipotesi in cui una donna incinta precedentemente investita della *bonorum possessio* dei beni del marito nell'interesse del nascituro (*ventris nomine*) abbia dolosamente ceduto lo stesso possesso in favore di terzi, consentendo a coloro che abbiano uno specifico interesse alla titolarità di quei beni (vale a dire, in sostanza, agli eredi del *de cuius*) di pretendere dalla stessa un indennizzo patrimoniale nella misura corrispondente al valore delle cose. Ciò con l'intento specifico, reso manifesto anche dalle fonti, di evitare che il patrimonio interessato dall'immissione nel possesso venga surrettiziamente distolto dalla finalità di tutela per cui esso è attribuito, impedendo di fatto che altri possano avvantaggiarsi di tale situazione con la complicità della donna¹⁷⁰. Evidente è dunque - nell'intervento del pretore - il riconoscimento del carattere fraudolento e intimamente malizioso delle condotte in questo modo sanzionate, le quali sottendono (e così presuppongono) la specifica volontà della donna di strumentalizzare il vantaggio alla stessa riconosciuto mediante una macchinazione nell'interesse di terzi¹⁷¹. La terza ipotesi considerata da Gaio è infine quella dell'azione *in factum* concessa

¹⁶⁹ D. 47.10.7.pr. (Ulp. 57 Ad ed.): *Praetor edixit: "qui agit iniuriarum, certum dicat, quid iniuriae factum sit": quia qui famosam actionem intendit, non debet vagari cum discrimine alienae existimationis, sed designare et certum specialiter dicere, quam se iniuriam passum contendit*". Si ritiene peraltro che tale principio dovesse valere indifferentemente per la repressione dell'*iniuria* nell'*ordo iudiciorum* come per quella nelle forme pubblicistiche dei giudizi criminali, fermo restando che la scelta di ricorrere all'una o all'altra sembra essere stata rimessa - discrezionalmente - alla volontà dell'offeso.

¹⁷⁰ D. 25.5.1 (Ulp. 34 Ad ed.): [pr.] *Hoc edicto rectissime praetor prospexit, ne, dum in favorem partus possessionem polliceatur, aliis praedae occasionem praebeat*. [1.] *Idcirco constituit actionem in mulierem, quae in alium hanc possessionem dolo malo transtulit* [...]. Eloquentemente in tal senso il commento di R. POTHIER, *Le Pandette disposte in nuovo ordine*, trad. it., 1826, p. 1114: "Siccome poi suole il pretore esser facile nel dare il possesso de' beni alla donna in nome del ventre, così pure doveva egli raffrenare ogni dolo e raggirio (*calumniam*) da parte della donna, e provvedere di non porgere ad altri occasione di fare bottino, mentre guarentiva il possesso in favore del parto". Nei medesimi casi il pretore riconosceva inoltre un apposito interdetto onde recuperare i beni fraudolentemente trasferiti pressopoco coloro che li abbiano in questo modo ottenuti; si veda in proposito D. 25.5.1.1 (Ulp. 34 ad Ed.).

¹⁷¹ Esplicita sul punto la testimonianza delle fonti, per le quali ci si limita a richiamare D. 25.5.2.pr. (Paul. 37 ad Ed.): *Dolo facit mulier, non quae in possessionem venientem non prohibet, sed quae circumscribendi alicuius causa clam et per quandam machinationem in possessionem introducat*. L'elemento doloso eventualmente associato alla *possessio ventris nomine* ritorna del resto - peraltro con un espresso inquadramento in termini di *calumnia* - anche nel successivo Titolo VI dedicato alle azioni contro la donna che abbia simulato la gravidanza onde ottenere abusivamente il possesso. Circa la manifesta connotazione dolosa della cessione volontaria del possesso *ventris nomine*, da intendersi nel senso di una specifica macchinazione tesa a distogliere i beni posseduti dallo scopo per cui sono stati concessi, si veda anche A.M. GIOMARO, *La scelta del mezzo giudiziale*, cit., p. 141.

dal pretore nei confronti di chiunque impedisca ad altri - con intento doloso - di entrare nel possesso delle cose assegnategli dal pretore stesso (o da un altro magistrato) con apposito provvedimento¹⁷². Di tale procedura, per certi versi somigliante a quella appena menzionata, si ha notizia in particolare attraverso la testimonianza di D. 43.4.1 (*Ulp. 72 ad Ed.*), la quale riferisce esplicitamente il testo dell'editto ad essa corrispondente e da cui si ricava che il giudizio in esame (avente ad oggetto una condanna pecuniaria al *quanti ea res fuit*) era concesso in tutte le ipotesi di *missio in possessionem* - a prescindere dal titolo - onde assicurare l'effettività delle stesse rispetto ad eventuali impedimenti provenienti da terzi. Si trattava dunque, per quanto emerge dalle fonti, di un rimedio caratterizzato da una portata più ampia ma incentrato al contempo - ancora una volta - sulla repressione di situazioni e fattispecie concrete soggettivamente condizionate da atteggiamenti fraudolenti, consistenti in questo caso dall'intenzione consapevole di rendere ineffettivo l'ordine del magistrato¹⁷³.

La base comune delle diverse situazioni ricondotte da Gaio alla sfera di applicazione del *iudicium contrarium* sembra quindi consistere - secondo quanto si è visto - nella circostanza che il comportamento sanzionato con le azioni in parola sia connotato da un'intrinseca e manifesta componente dolosa, la quale - per le peculiari circostanze in cui si svolgono i relativi giudizi - non può che risultare di immediata evidenza anche per la parte nel cui interesse il giudizio stesso è concesso: ciò è senz'altro vero nell'ipotesi specifica dell'*actio iniuriarum*, nella quale (vista la natura personalissima del delitto perseguito) l'offeso è di regola a conoscenza non soltanto dell'offesa ricevuta ma anche - ed al contempo - dei contenuti di questa e dell'identità dell'offensore; ma lo stesso sembra potersi affermare (con le dovute distinzioni) anche nei rimanenti casi - sotto questo profilo tra di loro assimilabili - del giudizio contro la donna che

¹⁷² Sulle caratteristiche di questa azione *in factum* a garanzia dell'efficacia dell'immissione nel possesso F. BETANCOURT, *La defensa pretoria del missus in possessionem*, in *AHDE*, 52 (1982), pp. 373 ss. Più in generale sulle *missiones in possessionem* pretorie e le diverse fattispecie in cui vengono concesse M. KASER, *RZP*, cit., p. 427 ss.; G. BRANCA, *Missiones in possessionem e possesso*, 1943, *passim*; M.F. LEPRI, *Note sulla natura giuridica delle missiones in possessionem*, Firenze, 1939.

¹⁷³ Non convince in questo senso del tutto l'annotazione di A.M. GIOMARO, *op. ult. cit.*, p. 144, per cui l'accertamento del dolo nell'azione in esame non sarebbe a ben vedere essenziale, posto che - a prescindere dalle specificazioni contenute nei paragrafi successivi - la precisazione introduttiva secondo cui nel testo edittale sarebbe comparsa la clausola «*Si quis dolo malo fecerit*» sembra togliere ogni dubbio in ordine al carattere fraudolento delle condotte richieste onde legittimare il rimedio.

possieda *ventris nomine* ed in quello dell'impresso ostacolato da un terzo, posto che in entrambe le ipotesi il soggetto legittimato alla corrispondente azione difficilmente potrebbe ritenersi ignaro della *missio in possessionem* disposta dal pretore o del fatto che l'avversario abbia agito o meno in violazione di questa. L'eventuale instaurazione abusiva (ossia ingiustificata) dei relativi giudizi, di conseguenza, appare a sua volta indirettamente connotata - in qualche misura - da un atteggiamento doloso di quegli stessi soggetti nei confronti degli avversari, il quale doveva in tal senso risultare «implicito» qualora il giudizio dovesse concludersi con la loro soccombenza¹⁷⁴. Dal che può ritenersi discendere - almeno a livello di ipotesi - anche la giustificazione del fatto che il giudizio contrario esperibile contro l'attore soccombente nei tre giudizi richiamati venga concesso in qualsiasi caso *si causa non tenuerit*, considerato che nella stessa soccombenza nel precedente giudizio doveva apparire ricompresa - nei medesimi casi - anche una presunzione negativa di malafede dell'attore, tale da rendere in ultima analisi superflua ogni indagine aggiuntiva - nel giudizio contrario - circa l'atteggiamento psicologico da questi mantenuto al momento dell'instaurazione dell'azione principale¹⁷⁵. Il carattere meramente «oggettivo» del *iudicium contrarium* - così - appare una conseguenza indiretta (e tutto sommato coerente) delle stesse caratteristiche dei particolari giudizi a cui esso si collega, sufficienti a fondare (per lo meno nella generalità delle ipotesi) una sanzione consecutiva nei confronti dell'attore risultato nel torto anche in assenza di una prova specifica della sua colpevolezza¹⁷⁶, posto che la stessa sanzione interviene in ogni caso all'esito di una vicenda processuale che lo ha visto dichiarare una situazione giuridica difficilmente equivocabile.

¹⁷⁴ Secondo A.M. GIOMARO, *La scelta del mezzo giudiziale*, cit., p. 146 il "dato unificante" tra le singole ipotesi prospettate da Gaio consisterebbe, più specificamente, nella circostanza che in tutti e tre i casi si tratterebbe di una "palese e consapevole opposizione a decisioni pretorie", la quale corrisponderebbe a una situazione di evidenza tale da giustificare il più rigoroso ricorso al *iudicium contrarium*.

¹⁷⁵ Non stupisce, pertanto, che da parte di alcuni la perdita della lite specificamente sanzionata con il *iudicium contrarium* sia stata accostata - sotto questo profilo - al raddoppiamento della condanna nelle ipotesi di *infinitatio*, al pari della quale essa sarebbe "sempre caratterizzata [sia pur implicitamente] come calunniosa". In questo senso U. BRASIELLO, s.v. "*Calumnia*", cit., p. 3.

¹⁷⁶ In quest'ottica si giustificerebbe tra l'altro, stando alla ricostruzione della testimonianza gaiana proposta da A.M. GIOMARO, *op. ult. cit.*, p. 145, nt. 45, anche l'ulteriore precisazione - altrimenti difficilmente comprensibile - secondo la quale l'attore rimane sanzionato anche laddove *aliqua opinione inductus crediderit se recte agere*, con cui si denunciarebbe al contempo il carattere eccezionale di tale eventualità e le relative perplessità manifestate del giurista, il quale si sarebbe altrimenti limitato - secondo l'autrice - esclusivamente "alla prima considerazione, *si causam non tenuerit* [...]".

L'apparente «paradosso» dell'inquadramento del *iudicium contrarium* tra i mezzi di repressione della *calumnia* processuale (e così l'asserita incoerenza della trattazione gaiana dedicata a quest'ultima) sembra quindi potersi agevolmente superare alla luce differente immagine che si è offerta del primo e del suo campo di applicazione in relazione ai giudizi a cui il giurista lo riconduce. Non soltanto, infatti, da tale indagine è emerso con relativa chiarezza che il *iudicium contrarium* opera in una serie di ipotesi accomunate da una manifesta connotazione dolosa della situazione per la quale si agisce, ma si è posta in evidenza anche l'implicita connessione fra le fattispecie dolose così identificate e l'indiretta valutazione della condotta dell'attore all'interno dei medesimi giudizi, la quale sembra pertanto riflettere - a propria volta e sotto un diverso profilo - quella stessa caratterizzazione dolosa. Seppur formalmente impostato come un rimedio avente natura puramente oggettiva¹⁷⁷, pertanto, il giudizio contrario in questi casi attivabile nei confronti dell'attore persegue a ben vedere - se non altro in questo senso mediato e concettualmente sussidiario - anche una funzione repressiva di condotte dolose o connotate in senso lato da un'intenzione fraudolenta, assimilabili sotto questo profilo a quella consapevolezza specifica di agire *non recte* che si è visto giustificare l'autonomo ricorso al giudizio di calunnia. Né può di conseguenza giudicarsi imprecisa (o addirittura erronea) la scelta di Gaio di ricondurre da un lato il *iudicium contrarium* tra i rimedi specifici della *calumnia actoris* (accostandolo in tal senso al *iudicium calumniae*) e di precisare dall'altro che per lo stesso è sufficiente la soccombenza dell'attore; il che - lungi dal negare in radice la rilevanza del dolo (e quindi della *calumnia*) nel medesimo giudizio, sembra semmai potersi giustificare proprio alla luce della particolare conformazione assunta dal dolo nei giudizi interessati dallo strumento in esame, caratterizzata non da una e ed comprovata volontà di agire scorrettamente nei confronti dell'avversario ma da una valutazione «presuntiva» e oggettivata in merito alla scelta incauta di instaurare il giudizio. Più che alla contrapposizione tra un rimedio specifico contro l'agire calunnioso ed uno commisurato alla semplice soccombenza - in altri termini - può pensarsi alla combinazione tra due istituti, parimenti rivolti alla repressione della *calumnia* all'interno del processo, ma caratterizzati da accezioni parzialmente diverse della medesima nozione: una più

¹⁷⁷ Nel senso suesposto che nello stesso non si richiede una prova specifica dell'elemento soggettivo.

specifica e circostanziata nell'ipotesi generale del *iudicium calumniae*, ove è indagata nel dettaglio l'intenzione maliziosa facente capo all'attore; ed una più sfuggente, indiretta e «oggettivata» nei casi di applicazione del *iudicium contrarium*, ove è sanzionato unicamente il «riflesso» della condotta maliziosa in un precedente giudizio¹⁷⁸.

Quanto infine alle caratteristiche tecniche dello strumento in esame e al suo concreto funzionamento nella procedura *per formulas*, appare verosimile, come si è già anticipato trattando in precedenza del giudizio di calunnia, che il *iudicium contrarium* risultasse esperibile - al pari di quest'ultimo - direttamente nel quadro dell'azione esercitata per la pretesa principale, potendosi instaurare su iniziativa del *vocatus* nei confronti dell'attore per l'ipotesi in cui questi fosse rimasto soccombente una volta conclusosi il medesimo giudizio (*omni modo damnatur actor, si causam non tenuerit*)¹⁷⁹. Anche nel caso del *iudicium contrarium*, pertanto, la proposizione del rimedio nei confronti dell'attore ritenuto responsabile si sarebbe risolta - sotto il profilo formale - nell'instaurazione di una sorta di procedimento incidentale a parti invertite subordinato nei suoi esiti alla successiva conclusione del giudizio principale, con la sola (ma rilevante) differenza che, mentre nel caso del *iudicium calumniae* l'oggetto specifico dell'accertamento del giudice nell'azione incidentale era costituito al contempo dall'infondatezza della pretesa e dal dolo della parte che abbia agito scorret-

¹⁷⁸ A questa duplicità di significati della nozione di *calumnia* in relazione al processo sembra riferirsi - sia pur in termini parzialmente differenti - anche M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, cit., p. 424 ss. Per una sintesi delle tesi dell'autore si rimanda tra gli altri a E. BIANCHI, *La temerarietà*, cit., nt. 188 e a A.M. GIOMARO, *Per uno studio della calumnia*, op.ult.cit., pp. 109 ss. Nel senso di un'accezione «oggettivata» della *calumnia* quale base giuridica del giudizio contrario rispetto a quello di calunnia si veda anche A. VALIÑO ARCOS, *La aemulatio en el derecho romano*, cit., p. 191. Più in generale sulla tendenza del diritto romano classico all'individuazione di «criteri obiettivi di valutazione della responsabilità» diretti ad evitare - almeno in alcuni casi - indagini troppo complesse circa la dimensione «spirituale» dei rapporti soggettivi v. F. DE MARTINO, *Individualismo e diritto romano privato*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, II serie, XVI, 1941, p. 47, il quale evidenzia tuttavia come in questo modo «i classici non intendano svalutare l'elemento interno della volontà, ma da un lato gli riconoscevano ampia rilevanza [...] e dall'altro, con una certa ripartizione del rischio, sottraevano alle incerte fluttuazioni e vicende individuali la determinazioni della responsabilità».

¹⁷⁹ Così A. AGUDO-RUIZ, *Las sanctiones al litigante temerario*, cit., p. 9 e A.M. GIOMARO, *Per lo studio della calumnia*, cit., p. 114 e nt. 148; Nel senso di una verosimile operatività riconvenzionale del *iudicium contrarium* nell'autonomo contesto dell'azione principale si esprime inoltre - quanto meno sulla scorta di un tendenziale parallelismo tra la struttura dello stesso e il *iudicium calumniae* - anche C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo*, cit., p. 151, la quale si richiama tra l'altro alle analoghe conclusioni di G. PROVERA (*Contributi alla teoria dei iudicia contraria*, cit., p. 18), secondo cui la possibilità di esperire questo genere di azioni in una forma indipendente dal processo principale anziché nei modi di un contro-giudizio sarebbe emersa unicamente in una fase successiva della loro evoluzione.

tamente, nella diversa ipotesi del giudizio contrario esso consisteva unicamente, come si è già evidenziato, nel primo dei presupposti in tal modo definiti, non occorrendo per converso dimostrare, ai fini della condanna, l'intenzione maliziosa dell'attore soccombente. Dal che discende tra l'altro, quale ulteriore conseguenza, che nel più circoscritto contesto delle azioni formulari entro le quali era ammesso il *iudicium contrarium*, la dimostrazione dei presupposti per la sanzione dell'avversario che abbia agito scorrettamente sarebbe infine risultata, dal punto di vista del convenuto fattosi «attore» nel giudizio contrario, assai più semplice ed immediata di quella necessaria nei rimanenti processi onde provare la *calumnia* di chi ha promosso l'azione¹⁸⁰.

4.1.2.3 L'interazione dei rimedi: il trattamento unitario della *calumnia actoris*

Alla luce di quanto suesposto, è dunque indubitabile che il giudizio di *calumnia* e il *iudicium contrarium* rappresentino formalmente dei rimedi a se stanti e notevolmente differenziati, distinguendosi non soltanto per la diversa ampiezza del loro campo di applicazione (generale e indefinito nel caso del primo; circoscritto e tassativamente individuato in quello del secondo), ma anche - e in special modo - in ragione della diversa intensità dell'onere della prova agli stessi collegato, posto che nel caso del *iudicium calumniae* (a differenza che in quello del *iudicium contrarium*) il convenuto interessato ad ottenere la sanzione avrebbe dovuto dimostrare - oltre alla circostanza obiettiva dell'infondatezza della pretesa - anche il presupposto soggettivo della malafede dell'avversario nell'attivazione della stessa all'interno del processo. Nondimeno, entrambi gli istituti appaiono rappresentati - nella trattazione gaiana sui litiganti temerari - in stretta correlazione l'uno con l'altro e con la generale tematica della *calumnia* processuale, al punto che l'intero discorso istituzionale agli stessi dedicato risulta costruito - più che in funzione di una ricostruzione specifica di ciascuno dei due rimedi in questa sede esaminati - alla stregua di un raffronto tra l'operatività degli stessi all'interno del processo. Dopo aver sommariamente descritto (nei termini suddetti) il campo di applicazione e i presupposti specifici di ambedue gli istituti, Gaio si preoccupa infatti di esaminare più nel dettaglio i loro possibili rapporti ed in-

¹⁸⁰ In questo senso C. BUZZACCHI, *op. ult. cit.*, p. 151. Analogamente, A. VALIÑO ARCOS, *La aemulatio en el derecho romano*, cit., p. 191 e A. FERNANDEZ BARREIRO, *Ética de las relaciones*, cit., p. 189.

terazioni reciproche all'interno del processo, rappresentate in funzione dell'efficacia della tutela offerta al convenuto di fronte all'infondatezza della pretesa avversaria:

Gai. 4.178-179

Severior autem coercitio est per contrarium iudicium. Nam calumniae iudicio X. partis nemo damnatur nisi qui intellegit non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituit potius que ex iudicis errore vel iniquitate uictoriam sperat quam ex causa veritatis. [...] Contrario vero iudicio omni modo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet aliqua opinione inductus crediderit se recte agere. Utique autem ex quibus causis contrario iudicio agi potest, etiam calumniae iudicium locum habet; sed alterutro tantum iudicio agere permittitur [...].

Dalla sintesi gaiana in merito alle relazioni tra i due rimedi descritti, emerge con chiarezza come il ricorso al *iudicium calumniae* su iniziativa del *vocatus* risultato vittorioso, lungi dall'essere obiettivamente circoscritto (come potrebbe ritenersi) ai giudizi diversi da quelli nei quali è specificamente consentito il *iudicium contrarium*, risulta astrattamente ammissibile anche all'interno di questi (*etiam calumniae iudicium locum habet*), con la sola precisazione che nei medesimi casi il convenuto avrebbe dovuto decidersi fin dal principio in un senso o nell'altro, posto che nel caso concreto sarebbe stato garantito unicamente il ricorso ad uno soltanto tra i due rimedi esperibili (*sed alterutro tantum iudicium agere permittitur*). Ciò che equivale a riconoscere - in prospettiva invertita - che il *iudicium contrarium*, pur essendo formalmente riconosciuto a prescindere dal presupposto di una puntuale verifica della *calumnia actoris*, poteva in concreto applicarsi - sia pur in alternativa all'azione di calunnia propriamente considerata - anche in presenza di un atteggiamento vessatorio dell'attore soccombente, delineandosi in tal modo tra i due rimedi processuali astrattamente esperibili nei giudizi in esame un singolare rapporto di «concorrenza alternativa», per cui la coazione più specifica normalmente realizzata mediante il *iudicium calumniae* avrebbe in ogni caso potuto sostituirsi - a scelta del *vocatus* e sussistendone i presupposti - a quella più rigorosa in questi casi autonomamente esperibile nelle forme tipi-

che del *iudicium contrarium*¹⁸¹. Ad ulteriore conferma che, ferma restando la specificità dei rispettivi presupposti e la differente portata del loro ambito applicativo, ai due istituti di cui si tratta risulta attribuita (quanto meno nel circoscritto contesto in cui possono sovrapporsi) una funzione sostanzialmente omogenea ed obiettivamente coerente, tale da giustificare non soltanto il loro accostamento quali rimedi specificamente rivolti nei confronti dell'attore, ma persino l'ammissibilità di una loro concorrenza nelle stesse circostanze ed allo scopo di sanzionare le medesime condotte. Se così non fosse, del resto, difficilmente si comprenderebbero le ragioni della precisazione gaiana circa il concorso tra i due istituti, posto che - a fronte della dispensa dalla prova del dolo e della maggiore gravità della condanna prevista (di norma il quinto del valore della lite anziché il decimo dello stesso ammontare) - il convenuto avrebbe di regola preferito ricorrere al *iudicium contrarium* anziché a quello di calunnia con lo stesso astrattamente concorrente¹⁸². Il fatto che Gaio abbia cionondimeno ritenuto di menzionare l'ipotesi di un impiego alternativo del giudizio di calunnia nelle azioni che ammetterebbero il più immediato e favorevole ricorso al *iudicium contrarium*, induce pertanto a ritenere che egli abbia voluto evidenziare di tal guisa un profilo comune ad ambedue gli istituti in quanto trascendente le specificità strutturali di ciascuno di essi, vale a dire mettere in luce la strumentalità funzionale di entrambi i giudizi in tal modo raccordati al medesimo scopo della repressione processuale della calunnia dell'attore; caratteristica, certo, dello specifico rimedio del *iudicium calumniae* (in cui essa è presupposto imprescindibile della condanna del vocante), ma indirettamente riconoscibile, specie alla luce della suddetta connotazione «dolosa» degli specifici giudizi in cui questo si applica¹⁸³, anche a fondamento del differente rimedio (nella forma puramente obiettivo) del *iudicium contrarium*, al

¹⁸¹ In questo senso si veda, ad esempio, A.M. GIOMARO, *La scelta del mezzo processuale*, cit., p. 133: "[...] In primo luogo, nonostante la differenza fondamentale relativa all'atteggiamento psicologico dell'agente, la concessione del *iudicium calumniae* e del *iudicium contrarium* in ipotesi di *calumnia actoris* propone un chiaro caso di concorso alternativo di azioni, anche se il *iudicium contrarium* può riconoscersi soltanto in casi particolari, *certis causis* [...]".

¹⁸² A. AGUDO RUIZ, *Las sanciones al litigante temerario*, cit., p. 9. Non appare dunque del tutto condivisibile l'osservazione di E. BIANCHI, *La temerarietà*, cit., p. 296, secondo la quale la precisazione di Gaio circa la concorrenza alternativa dei rimedi in esame sarebbe resa inevitabile dalla stessa circostanza che l'uno abbia portata "specificata" mentre l'altro risulterebbe applicabile in via generale, dal momento che tale conclusione non sembra tenere conto del fatto che il giudizio di calunnia e quello contrario non si distinguono unicamente per la diversa ampiezza del loro campo di applicazione, ma anche (ed anzi principalmente) per la diversità dei presupposti richiesti per la condanna dell'attore.

¹⁸³ *Supra* § 4.1.2.2., pp. 98-104.

punto da potersi ammettere - nelle medesime ipotesi - il ricorso alternativo su iniziativa del convenuto al più puntuale meccanismo repressivo dell'azione di calunnia. Dalla rappresentazione dei rapporti tra il *iudicium calumniae* ed il *iudicium contrarium* offerta da Gaio nel suo manuale, di conseguenza, sembra potersi ricavare - se non indirettamente - un'immagine sostanzialmente «unitaria» della repressione processuale della *calumnia actoris* quale uso distorto del meccanismo processuale ad opera di chi agisce¹⁸⁴, rispetto alla quale i due rimedi in questa sede descritti, per quanto formalmente distanti quanto ad ampiezza e contenuti, appaiono in effetti presentati quali aspetti complementari di una medesima impalcatura di natura sanzionatoria, in cui ciascuno di essi è integrativo dell'altro nella sua applicazione allo scopo di completare - con la combinazione di entrambi - il più generale obiettivo di economia delle liti consistente nella repressione delle iniziative processuali ingiustamente promosse. Se il giudizio di calunnia è caratterizzato da un'applicazione generalizzata in qualsiasi processo ma è subordinato allo specifico presupposto che l'attore abbia agito con l'intenzione dolosa di danneggiare l'avversario, infatti, il *iudicium contrarium* si contraddistingue per converso in ragione della sua portata circoscritta a determinati processi ma presenta al tempo stesso presupposti assai più ampi in quanto prescinde dalla prova specifica dell'elemento doloso (resa verosimilmente superflua, per quanto si è detto, dalla peculiare natura degli stessi giudizi in cui esso si applica); dal che discende che alla possibilità di ricorrere - a seconda dei casi - all'uno o all'altro dei rimedi in esame corrisponde nella prassi un meccanismo repressivo della *calumnia actoris* (complessivamente considerata come la promozione da parte di chi agisce di un giudizio rivelatosi privo di fondamento) appositamente differenziato in base ai diversi contesti in cui la stessa può in concreto manifestarsi all'interno del processo: laddove - per le peculiari caratteristiche della pretesa azionata - lo specifico accertamento della connotazione vessatoria dell'azione ingiustamente promossa non appaia necessario, l'ingiustificato ricorso allo strumento processuale da parte dell'at-

¹⁸⁴ Sulla connotazione «unitaria» del concetto di *calumnia* e della sua repressione all'interno del processo si veda, in particolare, A. GIOMARO, *Per lo studio della calumnia*, cit., p. 113 ss., la quale riconduce alla medesima esigenza processuale unitariamente considerata anche la repressione della *calumnia actoris* realizzata nel giudizio - in via alternativa ai richiamati giudizi - per il tramite del ricorso all'omonimo giuramento (sul quale si tornerà più ampiamente *infra* nel prossimo paragrafo). Sulla possibilità di ricondurre le diverse manifestazioni della *calumnia* processuale ad un'unica nozione di lealtà tra le parti e di correttezza dell'agire in giudizio v. anche J. CAMIÑAS, *Ensayo*, cit., pp. 124-126.

tore viene sanzionato - nelle forme più gravose del *iudicium contrarium* - sulla sola base della circostanza obiettiva della soccombenza di quest'ultimo, mentre laddove una simile assimilazione tra soccombenza e dolo non risulti possibile (in quanto la pretesa azionata non assume una qualificazione specifica) la sanzione della medesima scelta di agire ingiustamente avviene nelle forme del *iudicium calumniae*, vale a dire sulla base di uno specifico accertamento della coscienza dell'attore di essere stato nel torto, rimanendo per converso priva di conseguenze a suo carico la semplice soccombenza che non si accompagna al tempo stesso ad un'autonoma intenzione nociva; senza peraltro che la semplificazione rappresentata nel primo gruppo di ipotesi dalla esclusione della prova del dolo a carico del *vocatus* impedisca di ricorrere piuttosto - nei medesimi casi - al più specifico strumento di repressione della *calumnia* intesa in chiave soggettiva come volontà vessatoria dell'avversario processuale, la quale diviene in tal senso - quale strumento alternativo a concorrenza elettiva - un meccanismo addizionale a base volontaria rispetto alla consueta repressione dell'ingiustizia dell'azione mediante il possibile ricorso al *iudicium contrarium*.

4.2. La tutela del processo attraverso la religio: il iusiurandum calumniae

Si è già anticipato, trattando in generale dell'impostazione del discorso gaiano sui litiganti temerari, come un ulteriore strumento individuato dal giurista quale mezzo di prevenzione delle condotte delle parti potenzialmente frustranti le finalità del giudizio consista nella possibilità di deferire alle stesse - nel corso del processo - la prestazione di un giuramento avente per oggetto l'effettiva meritevolezza del loro agire processuale, comunemente individuato da Gaio stesso e da altre fonti ad esso riferite con la generica espressione *iusiurandum calumniae*¹⁸⁵. L'impiego del giuramento all'interno del processo al fine di condizionare - in un senso o nell'altro - il

¹⁸⁵ La locuzione si ritrova impiegata (direttamente o indirettamente), oltre che nei corrispondenti passaggi delle Istituzioni gaiane, in diversi passi contenuti nel Digesto e variamente riconducibili alla medesima tematica, contenuti in particolare nel secondo titolo del dodicesimo libro, dedicato in generale alle diverse ipotesi di giuramenti delle parti nella fase *in iure* al cospetto del pretore (*De iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali*). Tra i frammenti a tal riguardo rilevanti può menzionarsi in modo particolare, in quanto innegabilmente riferito alla specifica ipotesi del giuramento di calunnia, D. 12.2.37 (Ulp. 33 ad Ed.): *Si non fuerit remissum iusiurandum ab eo qui detulerit, sed de calumnia non iuratur, consequens est, ut debeat denegari ei actio: sibi enim imputet, qui processit ad delationem iurisiurandi nec prius de calumnia iuravit, ut sit iste remittendi similis*.

comportamento delle parti non è certo una meccanica sconosciuta al diritto romano, nè quella di cui si tratta in questa sede rappresenta l'ipotesi più risalente di ricorso allo stesso nel particolare contesto dei giudizi civili. Si pensi alla generale possibilità di ricorrere al *iusiurandum* (cd. decisorio) onde costringere l'avversario a garantire giudizialmente la fondatezza delle proprie affermazioni (a propria volta risalente, con ogni probabilità al più antico meccanismo giuratorio del *sacramentum* reciproco nelle omonime *legis actiones*)¹⁸⁶, ovvero all'ipotesi (della quale si dirà nel Capitolo IV) del giuramento prestato dall'attore vittorioso in determinati giudizi al fine di determinare in luogo del giudice il valore della lite (*iusiurandum in litem*); ma anche alle numerose circostanze in cui una dichiarazione giurata resa da una parte poteva trovare applicazione - per finalità decisorie o di altra natura - nel diverso contesto dei procedimenti criminali¹⁸⁷. Quella del «giuramento di calunnia» menzionato da Gaio nel suo manuale rappresenta pertanto un'applicazione specifica del meccanismo giuratorio (altrove impiegato con altre finalità) nel particolare contesto della repressione della *calumnia* all'interno del processo, vale a dire un puntuale adattamento della funzione sanzionatoria caratteristica del giuramento quale mezzo di controllo della condotta delle parti alla specifica esigenza di prevenire o colpire gli atteggiamenti *calumniosi* dalle stesse posti in essere nel corso della lite¹⁸⁸. L'efficacia di siffatto strumento nel coartare la condotta dei litiganti temerari all'interno del processo, di conseguenza, si fonda essenzialmente - al pari di quella di ogni altro giuramento - sulla valenza sacrale della dichiarazione giurata e delle sue conseguenze a carico di chi giura. In conseguenza della prestazione del giuramento al cospetto del magistrato

¹⁸⁶ In generale sull'applicazione dello strumento giuratorio nel processo civile romano classico e antico si veda - di recente - A. MÜNKS, *Vom Parteieid zur Parteivernehmung in der Geschichte des Zivilprozesses*, 1992, *passim*; Sulle diverse tipologie di giuramento processuale M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 266 ss. Per la verosimile connessione storica col più antico strumento della promessa sacramentale v. R. SANTORO, *Potere e azione*, cit., p. 209 ss.

¹⁸⁷ Sull'applicazione del giuramento nei giudizi criminali v. G.J. CAMIÑAS, *Ensayo*, cit., p. 97 ss.

¹⁸⁸ In tal senso C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo*, cit., p. 107, ove si evidenzia appunto che «il *iusiurandum calumniae* è una delle tante possibili applicazioni che il giuramento conosce». Rimane invece insicuro ed ampiamente dibattuto, come si è detto del resto - più in generale - per la nozione di *calumnia* impiegata nel processo, se le fattispecie originarie dell'impiego di siffatto giuramento nelle relazioni processuali debbano ricondursi alla dimensione privatistica dei giudizi civili o piuttosto a quella dei giudizi criminali di matrice pubblicistica; questione che, oltre a non essere agevolmente risolvibile sulla base delle fonti, non appare tuttavia determinante ai fini dell'individuazione del regime dell'istituto tratteggiato da Gaio, poiché ciò che conta nella ricostruzione dello stesso è a ben vedere la sola circostanza che la figura in esame sia stata in concreto ritenuta applicabile (fin dal principio o da un certo momento in avanti) anche nel particolare contesto della procedura formulare.

e dell'avversario processuale, infatti, la parte interessata si assume una specifica responsabilità di carattere religioso consistente nell'impegno di fronte alla divinità con riguardo alla verità della propria affermazione, la quale sarebbe conseguentemente divenuta del tutto incontestabile all'interno del processo (ragion per cui, ad esempio, l'eventuale prestazione del giuramento decisorio deferito dall'avversario conduceva di regola alla necessaria conclusione del giudizio a vantaggio del giurante)¹⁸⁹. E lo stesso deve affermarsi - per le medesime ragioni - per quanto attiene alla sanzione dell'eventuale ingiustizia del giuramento prestato (vale a dire dello spergiuro), a sua volta operante unicamente sul piano religioso del rapporto tra il giurante e la divinità destinataria del suo sacramento, e consistente in buona sostanza nella soggezione dello spergiuro alle potenziali conseguenze di una vendetta divina; ciò che si traduce - per altro verso - nell'impossibilità di far valere le conseguenze del giuramento indebitamente prestato sul piano materiale dei rapporti processuali¹⁹⁰. Anche nel caso del *iusiurandum calumniae* eventualmente deferito all'interno del processo, così, la conseguenza immediata dell'iniziativa della parte che accetti di prestarlo dev'essere stata circoscritta alla dimensione sacramentale dei rapporti religiosi, determinandosi da un lato l'assoggettamento del giurante alla specifica responsabilità conseguente al sacramento ma dovendosi per altro verso escludere che l'eventuale emersione della falsità della affermazione in tal modo effettuata potesse dare luogo a delle sanzioni specifiche all'interno del processo, determinando per converso degli effetti rilevanti - nei termini suddetti - unicamente sull'autonomo versante delle conseguenze religiose

¹⁸⁹ La letteratura sulla valenza sacramentale del giuramento nel diritto romano e dei suoi possibili effetti sul piano processuale è troppo estesa per poter essere in questa sede compiutamente richiamata. Sul punto ci si limita pertanto a rinviare - senza pretesa di completezza - a L. AMIRANTE, s.v. "giuramento (dir. romano)", in *NNDI*, p. 942 ss.; nonché - più di recente - a F. ZUCCOTTI, *Il giuramento in Grecia e nella Roma pagana: aspetti essenziali e linee di sviluppo*, in *Seminari di storia del diritto dell'Università di Brescia - Il giuramento nel mondo antico*, Milano, 1998, pp. 1 ss. Sul significato religioso del giuramento come "invocazione della divinità a testimone e garanzia della verità/veracità di n'affermazione" v. anche P. PRODI, *Il sacramento del potere*, Bologna, 1992, p. 9 ss.

¹⁹⁰ Così C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo*, cit., p. 107, la quale ne evidenzia in modo particolare la connessione con il peculiare valore attribuito alla parola nella sensibilità del mondo antico e con la conseguente connotazione di verità rafforzata dal rapporto col sacro del contenuto della dichiarazione giurata. Più in generale sulle conseguenze religiose del falso giuramento e per alcuni riferimenti alle fonti letterarie che consentono di ricostruirne l'effettiva portata v. G.J. CAMIÑAS, *Ensayo*, cit., pp. 99 ss. Si noti peraltro come l'irrilevanza dello spergiuro al di fuori dei rapporti fra la divinità e il responsabile si risolvesse in concreto - sotto il profilo giuridico - nella concessione al giurante eventualmente convenuto in un nuovo giudizio di un'apposita *exceptio iurisiurandi* opponibile all'avversario, con la quale egli avrebbe potuto respingere la pretesa azionata sulla base di quanto precedentemente giurato.

(come emerge del resto dalla stessa porzione introduttiva del discorso di Gaio sulle *poenae* dei litiganti temerari laddove contrappone espressamente alle sanzioni consistenti in una somma di denaro quelle fondate piuttosto sulla *iurisiurandi religio*)¹⁹¹. Nondimeno, il regime specifico del giuramento di calunnia (a cui saranno dedicati i paragrafi che succedono a questa breve introduzione) si distingue notevolmente da quello generale delle altre tipologie di giuramenti giudiziali astrattamente ammissibili nel processo *per formulas* tanto per le particolari condizioni della sua prestazione nella vicenda processuale quanto per lo specifico oggetto a cui esso si riferisce; con la conseguenza che di tali peculiarità si dovrà necessariamente tener conto anche ai fini della determinazione della funzione di sifatto rimedio quale autonomo strumento di repressione della litigiosità temeraria e dei suoi rapporti con gli ulteriori istituti a questo scopo predisposti (e in particolare con quelli, già sopra esaminati, a loro volta diretti a prevenire e reprimere l'atteggiamento calunnioso di una parte processuale).

4.2.1. Struttura ed oggetto del *iuramentum calumniae*

Una prima e fondamentale peculiarità che contraddistingue il *iuramentum calumniae* rispetto agli altri strumenti menzionati da Gaio in relazione al problema della litigiosità temeraria consiste innanzitutto nell'applicabilità dello stesso ad ambedue i contendenti. A differenza degli ulteriori istituti di cui il giurista si occupa nella medesima sede, i quali si rivolgono in maniera esclusiva all'una o all'altra delle parti processuali (ad esclusione - tutt'al più - alla sanzione dell'*infamia*, che si è visto tuttavia essere in parte estranea alla trattazione in esame¹⁹²), il giuramento di calunnia

¹⁹¹ C. SERANGELI, *C. 7,16,31 e le azioni contro il litigante temerario*, cit., p. 209 ss., il quale contesta sul punto - proprio sulla scorta di una precisa ricostruzione del discorso gaiano - l'opposta conclusione formulata dal LEMOSSE (*Recherches sur l'histoire du serment de calumnia*, cit., p. 35 ss.) secondo la quale, pur nel silenzio del giurista sulle sanzioni collegate al giuramento di calunnia, dovrebbe ritenersi che il pretore abbia riconosciuto anche in questi casi l'applicabilità di sanzione in denaro. A ulteriore sostegno della valenza essenzialmente religiosa dell'obbligazione conseguente alla prestazione del giuramento può nondimeno ricordarsi che, se così non fosse, non si vedrebbe su quali basi Ulpiano avrebbe potuto affermare in D. 4.3.2.1 - riportando un'opinione di Marcello - che pur di fronte all'avvenuta dimostrazione dello spergiuro della parte non spetta all'avversario alcuna pretesa restitutoria in base all'azione di dolo in quanto occorre rispettare quanto a suo tempo giurato (*stari enim religioni debet*). Sul punto A. MÜNKS, *Vom Parteieid zur Parteivernehmung*, cit., pp. 14-15.

¹⁹² *Supra*, § 4, p. 30. Sulle ipotesi di estensione dell'*infamia* anche alla sfera dell'attore si veda, da ultimo, E. BIANCHI, *Appunti minimi in tema di 'infamia' dell'attore nel regime pretorio*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 6 (2013), pp. 1-23 e l'ulteriore letteratura in quella sede citata.

può infatti riguardare indifferentemente - a seconda dei casi - tanto l'attore quanto il soggetto da lui convenuto, configurandosi dunque - sotto questo profilo - come un rimedio munito di carattere generale in contrapposizione a quelli (quali la litiscrecenza o il *iudicium contrarium*) che hanno portata più specifica in quanto rivolti unicamente ad un soggetto determinato (negli esempi proposti, il convenuto ovvero l'attore)¹⁹³. Ciò emerge, a ben guardare, dalla stessa impostazione del discorso gaiano dedicato all'istituto, all'interno del quale il *iusiurandum calumniae* appare in effetti richiamato in due passaggi distinti (e tra di loro non contigui), dedicati rispettivamente alla prestazione del giuramento da parte dell'attore e ad opera del *vocatus*:

Gai. 4.172

Quod si neque sponsionis neque dupli actionis periculum ei, cum quo agitur, iniungatur ac ne statim quidem ab initio pluris quam simpli sit actio, permittit praetor iusiurandum exigere NON CALVMNIAE CAVSA INFITIAS IRE. Unde quamvis heredes vel qui heredum loco habentur <simpli nec amplius>¹⁹⁴ obligati sint, item feminae pupillique eximantur periculo sponsionis, iubet tamen eos iurare.

Gai. 4.178

Liberum est autem ei, cum quo agitur, aut calumniae iudicium opponere aut iusiurandum exigere NON CALVMNIAE CAVSA AGERE.

Diversa - nelle due ipotesi - è naturalmente la formulazione impiegata (verosimilmente sulla scorta di precise indicazioni contenute nell'Editto¹⁹⁵) per la prestazione

¹⁹³ Nel senso della qualificabilità del *iusiurandum calumniae* quale "mezzo generale" di repressione della litigiosità temeraria rispetto alla connotazione "particolare" degli altri rimedi esaminati da Gaio si veda ad es. E. BIANCHI, *La temerarietà*, cit., pp. 294-295, il quale lo accosta in tal senso al *iudicium calumniae*, il quale presenterebbe a sua volta portata generale in quanto non circoscritta a determinati giudizi. Si noti tuttavia che la generalità dell'istituto in esame va ben oltre quella riconosciuta nei medesimi termini al *iudicium calumniae*, in quanto non si limita alla circostanza obiettiva di essere applicabile in qualsivoglia giudizio, ma allude al tempo stesso all'ulteriore circostanza (sopra menzionata) che il giuramento di calunnia risulti utilizzabile - sotto il profilo soggettivo - avverso entrambe le parti.

¹⁹⁴ L'integrazione è quella proposta da E. SECKL, B. KUBLER, *Gai Institutiones*, 7, Stuttgart, 1935, e ripresa anche da V. ARANGIO-RUIZ - A. GUARINO, *Breviarium iuris romani*, cit., p. 192.

¹⁹⁵ Sulla probabile esistenza di un esplicito richiamo alle due formulazioni alternative del giuramento in esame nell'editto *de calumniatoribus* v. G. CAMIÑAS, *Ensayo*, cit., pp. 100 ss., secondo il quale potrebbe inoltre individuarsi una verosimile priorità storica della formula relativa al giuramento prestato dall'attore (logicamente preliminare in quanto riferita all'azione) rispetto a quella dell'analoga garanzia fornita dal *vocatus*, la quale si sarebbe poi sviluppata - per mera derivazione - a partire dalla prima.

del giuramento all'interno del processo, la quale si riferisce rispettivamente all'impegno del convenuto di non resistere ingiustamente alla pretesa azionata (*non calumniae causa infitias ire*) e a quello speculare assunto dall'attore di non promuovere ingiustamente l'iniziativa processuale (*non calumniae causa agere*), laddove i termini indicativi dell'attività processuale di ciascuna delle parti interessate dal giuramento corrispondono evidentemente a quelli utilizzati - nella medesima trattazione gaiana - onde riferirsi appunto alla resistenza processuale posta in essere dal *vocatus* (*infitiatio*¹⁹⁶) ed all'iniziativa dell'attore che abbia esercitato l'azione (*agere* o *intendere*¹⁹⁷). Ferma restando la differenza formale tra le espressioni impiegate nelle due situazioni, identico risulta essere invece, come si ricava agevolmente dal parallelismo tra le stesse istituti nelle fonti, il contenuto sostanziale della dichiarazione giurata prestata dalle parti, consistente - in buona sostanza - nella garanzia offerta da ciascuna di esse di non assumere un atteggiamento calunnioso nei confronti dell'avversario nel compimento delle proprie rispettive attività processuali (*non calumniae causa agere / infitias ire*). Né, a ben vedere, vi è ragione di dubitare che il riferimento specifico alla nozione di *calumnia* all'interno del giuramento abbia un significato diverso da quello che si è visto impiegato in altri luoghi delle fonti al fine di descrivere più in generale la condotta dell'attore che promuova l'azione pur essendo consapevole della sua infondatezza (vale a dire allo scopo di frustrare per converso l'ambizione avversaria¹⁹⁸), con la sola differenza che nel caso specifico del *iusiurandum calumniae*, alla

¹⁹⁶ Emblematica in questo senso è la corrispondenza fra l'espressione impiegata nella formula giuratoria prestata dal convenuto e quella che compare nella prima parte del discorso istituzionale onde descrivere la resistenza in giudizio esercitata da quest'ultimo e dalla quale può discendere - in determinati giudizi - un raddoppio della condanna in caso di soccombenza (*litis crescentia*).

¹⁹⁷ Il parallelismo più immediato è naturalmente quello fra siffatte espressioni e quelle impiegate nei paragrafi seguenti al fine di riferirsi alla condotta dell'attore nel giudizio di calunnia e nel *iudicium contrarium*. L'impiego alternativo dell'espressione tecnica *intendere* in luogo del più generico *agere* quale riferimento indeterminato all'attività dell'attore (frequente del resto anche in altre fonti che si riferiscono in generale alle forme e ai contenuti dell'iniziativa processuale) sembra potersi ricavare in modo particolare dalla testimonianza (senz'altro riferita al giuramento di calunnia) di D. 10.2.44.4 (Paul. 6 ad Sab.): *Qui familiae erciscundae et communi dividundo et finium regundorum agunt, et actores sunt et rei et ideo iurare debent non calumniae causa litem intendere et non calumniae causa ad infitias ire*. Dalla testimonianza di D. 2.13.6.2 (Ulp. 4 ad Ed.) può invece ricavarsi la verosimile ammissibilità - nella prassi applicativa - di ulteriori formulazioni per la prestazione del giuramento in determinati giudizi: *Exigitur autem ab adversario argentarii iusiurandum non calumniae causa postulare edi sibi: ne forte vel supervacuas rationes vel quas habet edi sibi postulet vexandi argentarii causa*.

¹⁹⁸ *Supra*, § 4.1.2., pp. 78 ss., laddove si è evidenziato, in modo particolare, come la *calumnia* rilevante nel contesto del processo consista - da un lato - nell'atteggiamento della parte (e in special modo dell'attore) *qui intellegit non recte se agere*, e dall'altro nella specifica intenzione (*animus, affectus*) della parte che agisce di danneggiare in tal modo l'interesse del *vocatus* (*vexandi adversarii gratia*).

calumnia actoris in questo senso rappresentata, può affiancarsi specularmente la *calumnia* del convenuto che abbia scorrettamente esercitato le proprie difese pur sapendo fin dal principio di essere nel torto (e quindi al solo scopo di impedire indebitamente - con la propria condotta - la corretta attuazione della pretesa avversaria)¹⁹⁹. Oggetto specifico del vincolo religioso imposto a ciascuno dei contendenti in caso di prestazione del giuramento in esame è quindi una solenne assicurazione della propria buona fede in merito alla fondatezza della posizione sostenuta nei confronti dell'avversario (ossia, rispettivamente, della pretesa azionata e delle difese contrapposte), la cui giustizia o meno si sarebbe naturalmente manifestata unicamente all'esito del giudizio pendente, una volta stabilito - per un verso - quale parte abbia agito con torto e quale a ragione e - per altro verso - se quella risultata in concreto soccombente abbia effettivamente agito in malafede nei confronti dell'avversario²⁰⁰. Dal che si ricava che la funzione specifica dell'istituto in esame (al pari di quanto si è visto per il *iudicium calumniae*, avente ad oggetto le medesime condotte) può individuarsi nella necessità di colpire un utilizzo distorto del meccanismo processuale quale strumento di ingiustificata e intenzionale vessazione della parte avversaria; con la duplice differenza che, mentre nel caso del giudizio di calunnia tale condotta è repressa unicamente nei confronti dell'attore e soltanto in seguito alla sua manifestazione nel corso del processo, in quello del giuramento di calunnia essa è l'oggetto di un impegno specifico potenzialmente riguardante ambedue i contendenti e prestato prima ancora della definizione della lite, trattandosi dunque - più che altro - di un rimedio preventivo volto a disincentivare le parti interessate a tenere nel giudizio una simile condotta.

¹⁹⁹ Che lo specifico contenuto della *calumnia* processuale autonomamente sanzionata nelle forme religiose del relativo giuramento sia essenzialmente lo stesso che si è visto sotteso all'impiego della medesima nozione nel quadro ed ai fini di ulteriori istituti (fra cui, *in primis*, il *iudicium calumniae* a quest'ultima specificamente riferito) appare del resto esplicitamente confermato dalla circostanza che alcune delle fonti relative a siffatto giuramento impieghino in proposito una terminologia del tutto analoga a quella che ricorre in contesti diversi, come avviene ad es. nel caso della già richiamata testimonianza testuale di D. 2.13.6.2 (Ulp. 4 ad Ed.), ove la *causa calumniae* oggetto del *iusiurandum* appare in effetti espressamente ricondotta all'assenza di ragioni idonee a giustificare l'iniziativa di parte (*supervacuas rationes*) e all'intento specifico di nuocere all'altra parte (*vexandi adversari causa*).

²⁰⁰ Sull'accertamento giudiziale della *calumnia* di parte in presenza del relativo *iusiurandum* v. G. PUGLIESE, *Le preuve dans le procès romain de l'époque classique*, in *Scritti giuridici scelti*, Camerino, 1986, I, pp. 372 ss. Cenni sul punto anche in G. CAMIÑAS, *Ensayo*, cit., p. 101.

Quanto alle concrete modalità di funzionamento dell'istituto all'interno del processo, poi, non vi è dubbio che l'iniziativa nel senso del deferimento del *iusiurandum calumniae* ad una delle parti dovesse provenire, come per ogni altra forma di giuramento «decisorio», dalla parte avversaria costituita in giudizio, la quale avrebbe rivolto alla prima un apposito invito *in iure* al cospetto del magistrato giusdicente (*iusiurandum deferre*)²⁰¹. Di fronte a siffatta delazione, la parte destinataria dell'invito a giurare (*delatum*) avrebbe quindi potuto accettare di prestarlo ovvero respingerlo rifiutando di assumersi la corrispondente obbligazione (con le conseguenze che vedremo), nonché riferire a sua volta un altro giuramento con lo stesso contenuto nei confronti dell'avversario (*iusiurandum referre*), posta allora di fronte alla medesima alternativa. La differenza rispetto alle restanti ipotesi di prestazione di un giuramento su un fatto rilevante per il merito della lite risiede invece nella diversa incidenza della dichiarazione giurata rispetto agli esiti della vicenda processuale, posto che - laddove la prestazione del giuramento ad opera del delato comportava di regola l'immediata cessazione della materia del contendere in favore del giurante²⁰² - nel caso del giuramento di calunnia (visto il suo oggetto circoscritto all'assenza di un'intenzione calunniosa in capo al quel soggetto) il giudizio avrebbe potuto regolarmente proseguire fino alla sentenza definitiva sul merito della lite, salve le eventuali conseguenze sul piano religioso della soccombenza del giurante divenuta manifesta con la sentenza medesima. Sul piano soggettivo, infine, la facoltà di deferire il giuramento (e quindi l'eventualità

²⁰¹ Tanto la collocazione *in iure* del giuramento in esame quanto il deferimento dello stesso su iniziativa dell'avversario sembrano potersi ricavare, se non altro indirettamente, da D. 10.4.15 (Pomp. 18 *ad Sab.*), ove alla parte giurante viene al contempo riconosciuta la facoltà di richiedere un intedetto o una *cautio damni infecti* a tutela della propria posizione in attesa della definizione del giudizio (provvedimenti che il magistrato avrebbe evidentemente potuto concedere soltanto nella medesima circostanza *in iure* in cui il suddetto giuramento avrebbe potuto deferirsi): *Non esse autem iniquum iuranti mihi non calumniae causa id postulare vel interdictum vel iudicium ita dari, ut, si per me non stetit, quo minus damni infecti tibi operis nomine caveatur, ne vim facias mihi, quo minus eum thensaurum effodiam tollam exportem*. Sul punto v. M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 267 e ntt. 4-6 (con ampi richiami alla letteratura in materia). Non rilevano in questa sede le ipotesi di giuramento prestato *extra iudicium* sulla base di un accordo tra le parti antecedente all'instaurazione della lite, posto che difficilmente la *calumnia* processuale avrebbe potuto costituire il loro oggetto specifico.

²⁰² Sugli effetti della prestazione del giuramento decisorio in merito alla fondatezza o meno della pretesa azionata può rinviarsi - da ultimo - ad A. MÜNKS, *Vom Parteieid und Parteivernehmung*, cit., p. 10 ss. Per le fonti si vedano in particolare D. 12.2.7 (Ulp. 22 *ad Ed.*): *Ait praetor: "Eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo"*. [...] e D. 12.2.9.pr. (Ulp. 22 *ad Ed.*): *Nam posteaquam iuratum est, denegatur actio: aut, si controversia erit, id est si ambigitur. An iusiurandum datum sit, exceptioni locus est*. Ulteriori riferimenti ai testi rilevanti sul punto in L. AMIRANTE, *Il giuramento prestato prima della litis contestatio*, cit, p. 66 s.

di una sua prestazione ad opera dell'avversario) rimaneva esclusa in presenza di particolari rapporti tra il soggetto deferente e quello delato (come in caso di delazione del *iusiurandum* tra patrono e liberto o tra i membri della stessa famiglia²⁰³), mentre - sul versante opposto della legittimazione passiva a prestare il giuramento - la possibilità di giurare è da intendersi estesa, come precisa lo stesso Gaio nei richiamati frammenti, anche agli eredi del delato, ai sostituti di questi, nonché alle donne e ai minori d'età; verosimilmente sul presupposto che siffatti soggetti (pur legittimati a sottrarsi all'obbligo di impegnarsi nel giudizio alle promesse processuali²⁰⁴) avrebbero potuto a loro volta risultare responsabili sul piano personale di comportamenti scorretti di natura intenzionale diretti a frustrare l'interesse avversario²⁰⁵.

4.2.2. Gli effetti processuali del *iusiurandum calumniae*

La circostanza, più volte menzionata, che l'eventuale ingiustizia del giuramento di calunnia (*periurium*) risulti sanzionabile unicamente sul piano dei rapporti religiosi, non significa tuttavia che il deferimento del medesimo non produca alcun effetto dal punto di vista giuridico e risulti pertanto del tutto irrilevante nei rapporti tra le parti. Per quanto le conseguenze della falsità del giuramento si manifestino - per loro stessa natura - soltanto all'esito del giudizio e sul piano «meta-giuridico» della *iurisiurandi religio*, occorre infatti considerare che il meccanismo giuratorio tecnicamente considerato costituisce cionondimeno l'oggetto di una specifica attività posta in essere dalle parti ed inserita nel contesto della fase *in iure* della vicenda processuale, suscettibile in quanto tale di essere valutata - al pari di ogni altra condotta riconducibile ai litiganti - anche nell'ottica della sua possibile incidenza sulla dinamica del giudizio; ciò che si riflette primariamente nelle conseguenze ricollegate dall'ordinamento processuale all'eventuale rifiuto di uno dei contendenti (sia esso l'attore ovvero il convenuto) di prestare il giuramento che le sia stato deferito su iniziativa dell'avversario. A tal proposito, le fonti relative al giuramento di calunnia testimoniano in effetti come - di fronte all'intimazione proveniente dall'avversario nel senso di assicurare che

²⁰³ Si vedano - rispettivamente - D. 12.2.16 (Ulp. 10 *ad Ed.*) e D. 12.2.34.4 (Ulp. 26 *ad Ed.*).

²⁰⁴ *Infra* § 4.4.

²⁰⁵ Gai. 4.172: *Unde quamvis heredes vel qui heredum loco habentur [...] obligati sint, item feminae pupilli que eximantur periculo sponsionis, iubet tamen eos iurare*. Sul punto G. CAMIÑAS, cit., p. 103.

non si agisce o resiste con atteggiamento calunnioso - il soggetto delato non risulti giuridicamente libero di prestare o meno il giuramento richiestogli, essendo piuttosto obbligato a prestarlo (o a riferirlo) dietro la minaccia di apposite sanzioni. Ciò si ricava, in primo luogo, dalla circostanza formale che, nelle medesime fonti in questo senso richiamate, la prestazione del giuramento di calunnia ad opera della parte a cui sia stato deferito viene normalmente individuata - anziché con un generico rinvio alla volontà della parte di assoggettarsi allo stesso - mediante l'impiego del verbo *debere* o di altre espressioni indicative del carattere rigidamente vincolato dell'impegno a giurare, oltre ad essere frequentemente associata a un'attività coercitiva del magistrato giusdicente a sua volta indicata dai verbi *iubere* o *cogere* e quindi caratterizzata - quanto meno all'apparenza - dalla possibilità di imporre (laddove necessario) la prestazione del giuramento²⁰⁶. Al che deve aggiungersi che, in presenza di determinate circostanze processuali tratteggiate dalle fonti (come nel caso della *cautio damni infecti* o della denuncia di nuova opera²⁰⁷) la prestazione del giuramento ad opera del *delatum* appare invero ricondotta - anziché alla volontà del deferente - a un'iniziativa processuale dello stesso magistrato, così che appare legittimo ipotizzare che - nei

²⁰⁶ Si considerino, ad esempio, D. 10.2.44.4 (Paul. 6 ad Sab.): *Qui familiae erciscundae et communi dividundo et finium regundorum agunt, et actores sunt et rei et ideo iurare debent non calumniae causa litem intendere et non calumniae causa ad infitias ire* e D. 12.2.34.4 (Ulp. 26 ad Ed.): *Qui iusiurandum defert, prior de calumnia debet iurare, si hoc exigatur, deinde sic ei iurabitur. Hoc iusiurandum de calumnia aequae patrono parentibusque remittitur*. Per la possibilità di un intervento coattivo del magistrato a garanzia della prestazione del *iusiurandum calumniae* si veda invece D. 2.8.8.5 (Paul. 14 ad Ed.): *Iubetur iurare de calumnia, ne quis vexandi magis adversarii causa, forsitan cum Romae possit satisfacere, in municipium evocet: sed quibusdam hoc iusiurandum de calumnia remittitur [...]. Sic autem iurare debet qui in municipium remittitur "Romae se satisfacere non posse et ibi posse, quo postulat remitti, idque se non calumniae causa facere": nam sic non est compellendus iurare "alibi se quam eo loco satisfacere non posse", quia si Romae non potest, pluribus autem locis possit, cogitur peierare*, ove la garanzia di non agire con atteggiamento calunnioso (collegata in questo caso alla prestazione di una *cautio*) risulta in effetti espressamente ricondotta a un intervento ordinatorio del magistrato giusdicente e così alla forza coattiva da quest'ultimo esercitata nei confronti del *delatum*.

²⁰⁷ Si vedano - rispettivamente - D. 39.1.5.14 (Ulp. 52 ad Ed.): *Qui opus novum nuntiat, iurare debet non calumniae causa opus novum nuntiare. Hoc iusiurandum auctore praetore defertur: idcirco non exigitur, ut iuret is ante, qui iusiurandum exigat* e D. 39.2.7.pr. (Ulp. 53 ad Ed.): *Praetor ait: "Damni infecti suo nomine promitti, alieno satisfacere iubebo ei, qui iuraverit non calumniae causa id se postulare eumve cuius nomine aget postulaturum fuisse, in eam diem, quam causa cognita statuero*. Sul punto, può rinviarsi anche a C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo*, cit., pp. 120-121, la quale ricorda in proposito come la possibilità di un impiego coattivo del giuramento di calunnia possa invero individuarsi anche in una serie di ulteriori situazioni e vicende processuali per lo più collegate alla concessione nel giudizio di specifici rimedi di creazione pretoria, come la prestazione di determinate *satisfactiones*, il ricorso a taluni interdetti o la procedura della *bonorum venditio*, oltre alla regola generale (di cui al già richiamato D.12.2.34.4) che imponeva a chiunque avesse deferito un giuramento sopra il merito della lite di prestare a sua volta, ed in via preliminare, il giuramento di calunnia.

medesimi casi (nei quali l'esigenza di reprimere la *calumnia* processuale dovette apparire particolarmente pregnante) - uno previo deferimento del relativo *iusiurandum* ad opera della parte a questo interessata nemmeno risultasse formalmente necessario.

Prima ancora di rilevare come fonte di una responsabilità religiosa in ordine alla verità delle circostanze giurate (ossia, in questo caso, all'assenza di calunnia nell'agire o nel resistere), la prestazione del *iusiurandum calumniae* ad opera della parte a cui esso è deferito costituisce pertanto l'oggetto specifico di un obbligo processuale gravante su quest'ultima, vincolando la stessa a fornire nel processo la relativa garanzia e quindi ad accettare le eventuali conseguenze della sua infondatezza qualora all'esito del giudizio egli fosse risultato obiettivamente colpevole di un corrispondente spergiuro. Una volta che l'avversario (o eventualmente il pretore, nelle ipotesi suddette) avesse richiesto ad una parte di giurare nel processo di aver agito (o resistito) senza intenzione nociva, in altri termini, il delato si sarebbe trovato in ogni caso di fronte all'alternativa tra accettare di impegnarsi nel senso richiesto con la dichiarazione giurata o subire le conseguenze (che si vedranno essere tutt'altro che irrilevanti sotto il profilo giuridico) per il mancato adempimento dell'obbligo di giurare. Il che, oltre a individuare un'ulteriore e significativa differenza tra il giuramento in esame e gli altri rimedi volti a sanzionare la calunnia processuale (operanti come si è visto su iniziativa volontaria della parte interessata nelle forme di un'apposita azione), sembra per certi versi avvicinare il giuramento di calunnia alla struttura tipica di quello che le fonti contenute nel Digesto giustiniano individuano genericamente come *iusiurandum necessarium*, caratterizzato appunto (in contrapposizione a quello *volontarium* liberamente prestato nel corso della lite) dal fatto che la sua prestazione fosse di volta in volta autorizzata dal magistrato giudicante e che il *delatum* non potesse rifiutarla se non incorrendo nei mezzi di repressione prediposti dal pretore sulla base di un'apposita clausola contenuta nell'Editto (*solvere aut iurare cogam*), la quale si giustificava verosimilmente per la particolare certezze e liquidità della pretese azionate nei relativi giudizi, tale da far apparire la scelta del delato di non prestare il giuramento sostanzialmente equivalente a una sorta di confessione delle ragioni dell'av-

versario²⁰⁸. Da siffatto giuramento, che poteva deferirsi unicamente dall'attore nei confronti del convenuto e la cui applicazione era rigorosamente circoscritta ad un numero di giudizi estremamente limitato (l'*actio certae creditae pecuniae*, la *condictio certe rei* e pochi altri)²⁰⁹, il giuramento di calunnia si differenzia tuttavia - altrettanto significativamente - per la sua portata tendenzialmente generale e per la suddetta applicabilità reciproca ad entrambi i contendenti, con la conseguenza che il carattere vincolato della sua prestazione una volta deferito assume a ben vedere una rilevanza ancora più pregnante, in quanto significa che l'assenza di calunnia (oggetto specifico del giuramento in esame) doveva apparire come un elemento imprescindibile dell'atteggiamento soggettivo richiesto ai litiganti in qualsivoglia giudizio e dunque come un profilo che ciascuna parte doveva essere disposta ad assicurare - ove postulato - nei confronti dell'avversario e del magistrato giudicante; ragion per cui la prestazione di un giuramento sul punto risultava necessaria ed il rifiuto dello stesso non poteva di conseguenza considerarsi ammissibile (potendosi anzi ipotizzare che lo stesso apparisse come un riconoscimento indiretto della stessa malafede della parte renitente). Quanto alla sanzione eventualmente applicabile in caso di mancata prestazione del giuramento deferito nel corso del processo, infine, essa consisteva pressochè certamente - nel caso di illegittimo rifiuto da parte dell'attore - nella *denegatio* dell'azione da quest'ultimo proposta da parte del magistrato che avesse accertato il rifiuto, come appare dimostrabile non soltanto sotto il profilo tecnico-processuale, alla luce del fatto che la prestazione del giuramento si collocasse come visto nella fase *in iure* dinanzi al magistrato (quando questi poteva senz'altro denegare l'azione), ma anche sulla

²⁰⁸ Sulla differenza tra *iusiurandum* processuale «volontario» e «necessario» e le loro implicazioni parzialmente diverse sulla vicenda del giudizio rimangono tutt'ora fondamentali gli studi di G. DEMELIUS (*Schiedseid und Beweiseid im römischen Civilprozeesse*, Leipzig, 1887), a partire dai quali si è sviluppata sul punto un'estesa ed approfondita letteratura che ha tuttavia in larga parte trascurato il problema del rapporto fra le tipologie di giuramento in tal modo individuate e la figura specifica del *iusiurandum calumniae*. Per la questione della classicità della distinzione tra giuramenti volontari e giuramenti necessari e per qualche accenno alla riconducibilità delle singole ipotesi all'una o all'altra categoria può rinviarsi in particolare a E.H. KADEN, *Rec. a L. Amirante, Il giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formule*, in *ZSS*, 73 (1956), p. 433 ss.

²⁰⁹ Per la disciplina del cd. *iusiurandum necessarium*, con particolare riferimento ai limiti oggettivi del suo campo di applicazione e agli altri presupposti per il suo deferimento si veda, tra gli altri, B. BIONDI, *Il giuramento decisorio*, cit., p. 13 ss. Per un tentativo di ricostruzione del principio alla base della limitazione dell'istituto a determinati giudizi anziché ad altri v. U. ROBBE, *L'autonomia dell'actio certae creditae pecuniae e la sua autonomia dalla condictio*, Roma, 1941; più in generale M. KASER HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 268 ss. Per l'equiparazione tra il rifiuto del giuramento e la *confessio in iure* in merito alla fondatezza della pretesa azionata G. DEMELIUS, *Schiedseid und Beweiseid*, cit., spec. p. 62 ss. (su cui v. anche O. GRADENWITZ, *Rec.*, in *ZSS*, 21 (1887), p. 269 ss.).

scorta delle testimonianze in tal senso offerte dalle fonti, nelle quali la posizione del vocante che rifiuti di prestare il giuramento si trova espressamente equiparata e messa in relazione con quella - evidentemente indicativa dell'avvenuto riconoscimento dell'infondatezza della propria pretesa - dell'attore che abbia rimesso all'avversario un giuramento processuale precedentemente deferitogli²¹⁰:

D. 12.2.37 (Ulp. 33 *ad Ed.*)

Si non fuerit remissum iusiurandum ab eo qui detulerit, sed de calumnia non iuratur, consequens est, ut debeat denegari ei actio: sibi enim imputet, qui processit ad delationem iurisiurandi nec prius de calumnia iuravit, ut sit iste remittendi similis.

Nel caso di rifiuto della prestazione del *iusiurandum* ad opera del *vocatus*, invece, appare verosimile - se non altro in assenza di più precise indicazioni ricavabili dalle fonti - che la sanzione prevista ed impiegata dal pretore sulla base dell'Editto fosse la stessa normalmente applicabile a fronte della mancata prestazione del giuramento necessario (come detto assimilabile, sotto questo profilo, al giuramento di calunnia), vale a dire che il convenuto recalcitrante di fronte alla richiesta di giurare rivoltagli dall'avversario o dallo stesso magistrato venisse ritenuto equiparabile al convenuto *indefensus* e potesse pertanto subire l'immissione provvisoria nel possesso dei suoi beni e - laddove necessario - il successivo ricorso all'esecuzione forzata²¹¹. Ferma restando - come del resto nel caso della sanzione dell'*indefensus* - la possibilità per il *vocatus* sottoposto in questo modo alle misure esecutive di determinare a posteriori la revoca delle stesse accettando di prestare in un secondo momento il giuramento richiesto²¹²; ad ulteriore conferma che lo scopo della sanzione in tal modo predisposta non era tanto quello di sostituire negli effetti la mancata prestazione del giura-

²¹⁰ In questo senso, v. anche G. CAMIÑAS, *Ensayo*, cit., p. 101. Sul collegamento tra rifiuto del giuramento deferito all'attore e *denegatio actionis* v. H. ANKUM, *Denegatio actionis*, in ZSS, 102 (1985), p. 453-469; C. BERTOLINI, *Il giuramento*, cit. 154 s. e G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, cit., p. 181.

²¹¹ Così M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., spec. p. 269 e nt. 28. *Contra*, secondo una posizione rimasta isolata, B. BIONDI, *Il giuramento*, cit., pp. 30 ss., secondo il quale la mancata prestazione del giuramento avrebbe avuto quale unico effetto la ripresa e la prosecuzione del giudizio secondo il suo corso ordinario. In generale sulle conseguenze dell'*indefensio* del convenuto nelle diverse fasi del processo si veda - per tutti - G. PROVERA, *Indefensio e legittimazione passiva alla «rei vindicatio»*, in St. Grosso, VI, pp. 323 ss.; nonché - più di recente - L. D'AMATI, *L'inattività del convenuto nel processo formulare: indefensio, absentia e latitatio*, Napoli, 2016.

²¹² Sul punto C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo formulare*, cit., pp. 168 ss.

mento di calunnia, quanto piuttosto quello di favorire indirettamente l'impegno spontaneo della parte interessata a garantire nel processo la correttezza soggettiva della propria posizione, assoggettandosi in modo spontaneo (sia pur tardivamente) ai rischi derivanti dalla relativa responsabilità sotto il profilo religioso²¹³.

4.2.3. *Rapporti tra iusiurandum ed altri istituti repressivi della calunnia*

Ciò chiarito (per lo meno in sintesi) per quanto attiene alla struttura ed agli effetti processuali del giuramento di calunnia quale strumento di repressione dei comportamenti dolosi posti in essere dalle parti nell'esercizio dell'azione o della difesa giudiziale, deve tuttavia rilevarsi che è dall'interazione tra quest'ultimo e gli ulteriori rimedi concernenti quelle condotte che può cogliersi più nel dettaglio la funzione specifica rivestita dallo stesso nella dimensione complessiva della procedura *per formulas*. Si è del resto avuto modo di anticipare - già in apertura di questa parte del lavoro - come la trattazione dedicata da Gaio alla problematica generale della *calumnia* delle parti, distribuita (come si è visto) tra i paragrafi 172 e 181 del quarto Commentario del manuale istituzionale, appaia a ben vedere incentrata - più che sui caratteri specifici dei singoli istituti a tal fine predisposti - sui rapporti reciproci che intercorrono tra gli stessi nella dinamica complessiva del processo civile, vale a dire sull'eventuale possibilità di una loro concorrenza rispetto all'unico fine di garanzia processuale ad essi attribuito (consistente appunto nella repressione della *calumnia* come uso malizioso delle facoltà processuali riconosciute alle parti)²¹⁴. Con la conseguenza che dalla descrizione istituzionale di siffatta concorrenza possono ricavarsi in concreto - se non altro indirettamente - delle indicazioni di notevole rilevanza anche con riguardo al ruolo particolare dei diversi meccanismi tra di loro concorrenti. In questa sede si tratterà dunque di descrivere - proprio sulla scorta del resoconto sul

²¹³ Lo stesso può dirsi, a ben guardare, anche in relazione al già richiamato meccanismo sanzionatorio nei confronti dell'attore, posto che - una volta intervenuta la *denegatio actionis* per la mancata prestazione del giuramento richiesto - egli avrebbe pur sempre potuto riproporre la medesima azione in un secondo processo ed accettare in quella sede di prestare il giuramento nuovamente deferitogli.

²¹⁴ Sulla particolare attenzione dedicata da Gaio alla questione dei rapporti tra i differenti rimedi nei confronti della *calumnia* si vedano in particolare A.M. GIOMARO, *La scelta del mezzo processuale in caso di temerarietà della lite ex parte actoris*, cit., p. 133 ss. e p. 146 ss.; E. BIANCHI, *La temerarietà nelle Istituzioni di Gaio*, cit., p. 296 ss. e C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo*, cit., p. 115 ss. Cenni all'interazione tra i differenti istituti a tal fine rilevanti anche in G. CAMINAS, *Ensayo*, cit., pp. 102 ss.

punto offertoci da Gaio - le relazioni esistenti tra il *iusiurandum calumniae* e gli altri rimedi formalmente ricondotti dalla trattazione istituzionale alla medesima tematica (ossia, come si è visto, il *iudicium calumiae* e il *iudicium contrarium*), mettendo in luce non soltanto le analogie e le differenze tra i rispettivi presupposti ed ambiti applicativi, ma anche (e soprattutto) le indicazioni che se ne possono ricavare quanto alla particolare collocazione del giuramento di calunnia quale istituto a se stante. Il tutto allo scopo di valutare l'efficacia individuale dei diversi rimedi in questo modo predisposti e tra di loro collegati per la repressione della *calumnia* e di inquadrarli con maggiore precisione - nel loro complesso - entro lo schema generale degli strumenti relativi alla litigiosità temeraria che formerà l'oggetto del successivo paragrafo dedicato alle conclusioni del presente capitolo.

Trattando - al § 172 - dei rimedi specificamente esperibili nei confronti della parte convenuta nel giudizio, Gaio evidenzia innanzitutto come il deferimento del giuramento di calunnia nei confronti di quest'ultimo (diretto a garantire che egli non resista senza un valido pretesto) sia autorizzato dal pretore soltanto nei giudizi in cui non si applichino la *sponsio* processuale e il raddoppio della condanna in caso di *infinitio* ([...] *si neque sponsionis neque dupli actionis periculum ei, cum quo agitur, iniungatur*), senza tuttavia precisare se e in che misura l'istituto in esame potesse eventualmente concorrere con gli altri rimedi al fine specifico di contrastare la *calumnia vocati* all'interno del processo. Il che può verosimilmente giustificarsi - senza grosse difficoltà - in ragione del fatto che sul versante del convenuto il *iusiurandum* di calunnia rappresenta a ben vedere l'unico rimedio specificamente riconducibile alla repressione della *calumnia* propriamente intesa come deliberata intenzione di danneggiare l'avversario, con la conseguenza che un'indagine autonoma dei diversi istituti sotto questo profilo sarebbe stata superflua, bastando per converso esaminare le relazioni esistenti tra il rimedio in esame e i più generali strumenti diretti a reprimere la temerarietà del *vocatus* (a prescindere dalla valenza soggettiva della condotta sanzionata). Assai più completa e strutturalmente articolata risulta invece - nella trattazione gaiana - la ricostruzione dei rapporti tra il *iusiurandum calumniae* deferibile all'attore e gli ulteriori rimedi astrattamente esperibili all'interno del processo avverso il medesimo soggetto, alcuni dei quali (tra cui *in primis* il giudizio di calunnia e il giudizio

contrario) risultano del resto a propria volta rivolti - direttamente o indirettamente - proprio a colpire la *calumnia* processuale posta in essere dal vocante nei confronti dell'avversario. A questo proposito, dopo aver precisato la generale applicabilità del *iudicium calumniae* contro qualsiasi azione fatta valere nel processo (§ 175), il giurista antoniniano evidenzia in primo luogo come l'applicazione di siffatto rimedio ovvero del giuramento di calunnia sia rimessa nella sostanza alla libera valutazione della parte convenuta (§ 176: *Liberum est autem ei, cum quo agitur, aut calumniae iudicium opponere aut iusiurandum exigere*), sottointendendo in tal modo - pur in mancanza di una statuizione esplicita - che tra di due rimedi così predisposti allo scopo di reprimere la *calumnia* dell'attore sussiste una relazione di concorrenza alternativa di carattere elettivo, per cui di fronte all'atteggiamento doloso manifestato dall'avversario nel corso del processo, il convenuto avrebbe potuto scegliere se ricorrere all'uno ovvero all'altro dei due meccanismi a sua disposizione, salvo dover rinunciare - una volta effettuata la scelta in favore dell'uno - alla possibilità alternativa di ricorrere all'altro nel medesimo giudizio in cui si è posta l'esigenza di reagire alla calunnia²¹⁵. Indicazioni più specifiche quanto ai rapporti tra i differenti rimedi a tal fine predisposti sono infine contenute nel successivo § 179 del testo istituzionale, laddove Gaio, dopo aver trattato (nei termini suddetti) del concorso elettivo tra *iudicium calumniae* e *iudicium contrarium*²¹⁶ e di quello tra *iudicium calumniae* e giuramento dell'attore, sembra voler sintetizzare in un unico luogo le possibili interazioni reciproche - dal punto di vista del *vocatus* - fra i tre istituti in questo modo descritti, mettendo in luce - in quello che è apparso a taluni quale una sorta di «pseudo-sillogismo» non del tutto giustificabile sotto il profilo logico²¹⁷ - come dal concorso elettivo tra giudizio di calunnia e *iudicium contrarium* da un lato e tra giudizio di calunnia e *iusiurandum ca-*

²¹⁵ Sul punto può rinviarsi - tra gli altri - a E. BIANCHI, *La temerarietà nelle Istituzioni di Gaio*, cit., p. 296 ss. ed a G. CAMIÑAS, *Ensayo*, cit., pp. 102-103. Quanto ai rapporti tra giuramento di calunnia ed omonimo giudizio si veda anche M. LEMOSSE, *Etudes romanistiques*, Adosa, 1991, p. 340 ss.

²¹⁶ *Supra*, § 4.1.2, pp. 168 ss.

²¹⁷ Cfr. A. GIOMARO, *La scelta del mezzo processuale*, cit., p. 134 e nt. 6, laddove si sottolinea come la struttura del ragionamento gaiano sia a ben vedere solo apparentemente consequenziale, in quanto i termini individuati quali premesse e conclusioni del discorso effettuato non risultano tra di loro omogenei, riguardando per un verso il rapporto fra due sanzioni con differenti presupposti (il giudizio di calunnia e il giudizio contrario) e per altro verso dei rimedi parimenti rivolti alla repressione della *calumnia* in senso soggettivo (*iudicium* e *iusiurandum calumniae*), con la conseguenza che dal semplice accostamento dei primi non potrebbero ricavarsi - come avverrebbe invece laddove si trattasse di un sillogismo propriamente inteso - delle indicazioni immediate quanto al rapporto tra i secondi.

lumniae dall'altro possa ricavarsi al contempo l'ulteriore conclusione della necessaria alternatività tra lo stesso giuramento ed il *iudicium contrarium*:

Gai. 4.179: *Utique autem ex quibus causis contrario iudicio agi potest, etiam calumniae iudicium locum habet; sed alterutro tantum iudicio agere permittitur. Qua ratione si iusiurandum de calumnia exactum fuerit, quemadmodum calumniae iudicium non datur, ita et contrarium non dari debet.*

A prescindere dal giudizio sulla coerenza logica del discorso gaiano, è quindi evidente che fra i tre rimedi formalmente ricondotti alla repressione della *calumnia (actoris)* all'interno del processo venga istituito un preciso rapporto di concorrenzialità alternativa, per cui l'applicazione di ciascuno di essi su iniziativa del *vocatus* viene posta fuori gioco dalla scelta della medesima parte di ricorrere piuttosto ad uno degli altri: come il ricorso al giudizio di calunnia esclude automaticamente quello al *iudicium contrarium* (*alterutro tantum iudicio agere permittitur*), così, se il convenuto ha ritenuto di deferire all'attore il giuramento di calunnia egli dovrà rinunciare ad esperire nei suoi confronti il *iudicium calumniae* (*quemadmodum calumniae iudicium non datur*), né sarà legittimato - nei medesimi casi - ad instaurare cumulativamente il *iudicium contrarium* nei riguardi dell'avversario che abbia prestato il giuramento (*ita et contrarium iudicium non dari debet*). A conferma del fatto che ambedue i giudizi astrattamente riguardanti la repressione processuale della *calumnia actoris* risultano incompatibili con la scelta dell'avversario di affidare piuttosto la relativa garanzia all'impegno religioso della parte interessata nelle forme proprie del *iusiur. in iure*. Se l'alternatività tra il giuramento e il *iudicium contrarium* si spiega agevolmente alla luce della stessa concorrenzialità alternativa che si è vista caratterizzare il rapporto tra *iudicium calumniae* e *iudicium contrarium* (a sua volta determinata dal carattere meramente obiettivo di quest'ultimo rimedio)²¹⁸, più difficilmente giustificabile appare invece l'analoga concorrenza tra il giuramento di calunnia e l'omonimo *iudicium*, posto che entrambi i rimedi presentano a ben vedere i medesimi presupposti (soccombenza dell'attore e *calumnia* dello stesso come specifica volontà di danneggiare l'avversario) e si caratterizzano innanzitutto per la portata generale del loro

²¹⁸ *Supra*, § 4.1.2.3, pp. 168 ss.

campo di applicazione (potendo operare - a differenza del *iudicium contrarium* - in qualsivoglia tipologia di processo). Nondimeno, l'esclusione dell'*iudicium calumniae* nel caso di prestazione del giuramento dell'attore può a ben vedere considerarsi giustificata per la particolare natura di quest'ultimo istituto e per la sua collocazione nel contesto del processo. Se è vero che il *iusiurandum calumniae* (al pari del *iudicium*) ha lo scopo di tutelare il convenuto contro le condotte vessatorie eventualmente poste in essere dall'attore pur nella consapevolezza di essere nel torto, è infatti evidente che siffatto obiettivo viene perseguito in questo caso in una forma assai diversa, operando il giuramento (come già osservato in apertura del paragrafo) alla stregua di un impegno preliminarmente assunto dalla parte processuale nel senso di assicurare - al cospetto della divinità - la correttezza del proprio agire nel giudizio²¹⁹. Una volta prestato il giuramento di calunnia, quindi, la questione della correttezza o meno dell'iniziativa processuale assunta dall'attore si trasferisce in modo esclusivo sul piano specifico della *iurisiurandi religio*, rendendo superfluo - ed anzi inammissibile - il separato ed autonomo ricorso ad un giudizio (di diritto umano) sul medesimo oggetto della dichiarazione giurata, il quale può per converso operare soltanto alla stregua di un rimedio successivo finalizzato a sanzionare - a posteriori e su di un piano differente - la *calumnia* dell'attore già manifestatasi all'esito del giudizio²²⁰. La scelta tra l'uno e l'altro dei rimedi processuali in tal modo predisposti non sarebbe pertanto risultata del tutto indifferente (come potrebbe in astratto suggerire l'identità dei rispettivi presupposti), dipendendo - in ultima analisi - dalla tipologia di tutela a cui il *vocatus* ambisse all'interno del processo: la semplice garanzia promissoria (e quindi preventiva) rispetto a un'intenzione dolosa non ancora manifestatasi nel caso del giuramento di non agire con calunnia; o una vera e propria tutela sanzionatoria avverso una condotta dolosa già determinatasi nell'ipotesi alternativa del *iudicium*

²¹⁹ Sulla particolare collocazione del *iusiurandum calumniae* rispetto agli altri strumenti operanti nel processo per la repressione di quest'ultima si veda ancora A. GIOMARO, *La scelta del mezzo processuale*, cit., p. 146 ss. Più in generale sul carattere preventivo di questo giuramento (come di altre fattispecie di *iusiurandum in iure*) v. C. BERTOLINI, *Il giuramento*, cit., pp. 189-194.

²²⁰ C. SERANGELI, *C. 7,16,31 e le azioni contro il litigante temerario*, cit., p. 210 ss., il quale evidenzia sul punto come la circostanza che i due rimedi siano stati introdotti dal pretore ed abbiano coesistito nonostante la loro sostanziale equivalenza sotto il profilo dei presupposti possa spiegarsi appunto "se si tiene presente la distinzione tra i due istituti sotto il profilo funzionale: il pretore, con l'un rimedio inteneva obbligare il litigante temerario su un piano giuridico-penale; con l'altro invece voleva che questi assumesse una specifica responsabilità sul piano religioso e morale [...]".

calumniae. Senza contare che soltanto l'esercizio di quest'ultima azione avrebbe permesso di ottenere - in presenza dei relativi presupposti - una soddisfazione in denaro per il processo ingiustamente subito in conseguenza della *calumnia*, laddove nel caso del giuramento la sola conseguenza dell'accertamento del dolo posto in essere dall'attore si sarebbe manifestata sul piano religioso delle implicazioni del *periurium*. La decisione del *vocatus* in ordine al ricorso agli strumenti alternativi (e all'apparenza equipollenti) del giuramento di calunnia o del *iudicium calumniae*, così, sarebbe stata verosimilmente determinata - caso per caso - dalla obiettiva possibilità (o facilità pratica) di dimostrare nel giudizio la sussistenza di un'intenzione vessatoria facente capo all'attore, ricorrendosi in concreto al rimedio preventivo del giuramento di calunnia soltanto laddove una simile prova non risultasse possibile ovvero apparisse per qualche ragione difficilmente praticabile, risultando di conseguenza preferibile affidare fin dal principio la garanzia della correttezza soggettiva dell'iniziativa processuale all'impegno giurato della medesima parte interessata a quest'ultima.

4.3. *Le sanzioni convenzionali: la promessa reciproca di agire rettamente*

Un'ultima e più sfumata categoria di rimedi finalizzati a reprimere la temerarietà delle parti all'interno del processo è rappresentata infine, come già anticipato in apertura del capitolo, dalle *stipulationes* reciproche effettuate *in iure* da ciascuno dei contendenti allo scopo di garantire alla parte avversaria la correttezza del proprio agire. In siffatta categoria di istituti rientrano evidentemente - sia pur su versanti contrapposti - tanto la *sponsio tertiae et dimidia partis* di cui Gaio si occupa in relazione al convenuto (§ 4.171), quanto la *restipulatio* riferita per converso alla dimensione dell'attore (§§ 180-181), accomunate appunto, al di là dell'evidente distinzione derivante dalla loro imputabilità a soggetti differenti, dal fatto di risolversi in una garanzia reciproca prestata dai litiganti ed avente per oggetto l'attività degli stessi all'interno del processo. In entrambi i casi si tratta infatti di rimedi di natura (*lato sensu*) convenzionale e a contenuto pecuniario, consistenti nella promessa di una somma di denaro effettuata da una parte nei confronti dell'altra in ordine alla fondatezza della propria posizione nel corso del giudizio (vale a dire - rispettivamente - dell'azione esercitata e delle difese processuali), a cui si ricollega - in caso di soc-

combenza (e quindi di inadempimento della promessa prestata) - l'obbligo del promittente di versare all'avversario l'ammontare della somma a suo tempo stabilita. Di tali rimedi Gaio non si occupa in un unico luogo del resoconto istituzionale, bensì - ancora una volta - in momenti distinti a seconda della loro riconducibilità alla posizione dell'attore ovvero a quella del convenuto, oltre ad offrire degli stessi un'immagine sintetica e piuttosto generale, limitandosi nella sostanza a precisare - per entrambi gli istituti - che essi operano nelle forme di una sanzione pecuniaria (*modo pecuniaria poena*), e - per altro verso - che la loro applicazione è da intendersi circoscritta a determinati giudizi specificamente individuati (*ex quibusdam/certis causis*). Nel caso della *sponsio tertiae et dimidia partis* prestata dal convenuto nei confronti dell'attore, a cui Gaio si riferisce in via preliminare tra i rimedi pecuniari a vantaggio di quest'ultimo, l'ambito obiettivo di applicazione del rimedio è espressamente individuato - in termini inequivoci - dalle stesse parole del frammento istituzionale, nel quale si menzionano, quali possibili contesti di prestazione della *sponsio*, unicamente l'azione *de pecunia certa credita* e l'azione *de pecunia constituta*:

Gai. 4.171: [...] *Ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, velut de pecunia certa credita et pecunia constituta, sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae vero pecuniae partis dimidia.*

L'impiego dell'avverbio *velut* (come, per esempio) prima delle due azioni in questo modo richiamate potrebbe indurre a ritenere, come del resto nel caso (già menzionato) delle *actiones in duplum adversus infitantes*²²¹, che quella fornita dall'autore in relazione all'istituto rappresenti unicamente un'elencazione *ad exemplum* priva di qualsivoglia velleità tassativa, e che la *sponsio* processuale a carico del *vocatus* in quella sede descritta possa pertanto considerarsi applicabile (per lo meno in ipotesi) anche in giudizi diversi e non richiamati nel resoconto gaiano. Ciò che potrebbe tra l'altro apparire indirettamente suggerito anche dalla portata generale dell'istituto della *sponsio* e dei suoi molteplici impieghi all'interno del processo, posto che il ricorso alle *stipulationes* pretorie quali promesse reciproche di un determinato comportamen-

²²¹ *Supra* § 4.1.1.3.

to all'interno del processo conosce astrattamente - nella procedura *per formulas* - numerosi altri impieghi anche al di fuori delle specifiche fattispecie in questa sede esaminate²²². Se si osserva più da vicino il contenuto del resoconto gaiano e si tiene conto del particolare contesto in cui esso si inserisce, ci si avvede tuttavia di come la promessa processuale in quella sede rappresentata persegua a ben vedere uno scopo assai diverso rispetto a quello normalmente conseguito dalle suddette *stipulationes*, in quanto assolve primariamente (oltre che a una generica funzione di garanzia della prestazione azionata) a una più specifica finalità sanzionatoria delle condotte processuali dolosamente dirette ad impedirne l'attuazione, potendosi anzi assimilare - sotto questo profilo - ad una vera e propria *poena* (pur realizzata in forma convenzionale) per l'ingiustizia dell'attività processuale concretamente esercitata; funzione che appare in effetti attestabile - al di fuori della specifica ipotesi di prestazione della *sponsio* nel procedimento interdittale *cum poena* - unicamente per le due azioni della quali si tratta²²³. Al che deve peraltro aggiungersi, come una parte della dottrina non ha mancato di osservare²²⁴, che - laddove il riferimento all'*actio certae creditae pecuniae* compare in altri luoghi della trattazione istituzionale (fra cui, non a caso, quello in cui Gaio si occupa della *poena sacramenti*²²⁵) - il contestuale richiamo all'azione

²²² Sul punto C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo*, cit., pp. 86-87, la quale evidenzia in particolare come non manchino nelle fonti indicazioni obiettive in ordine all'applicabilità dell'istituto della *sponsio* negli ambiti più diversi dell'ordinamento processuale, dal procedimento interdittale *cum poena* alle molteplici ipotesi di promesse con funzione pregiudiziale. Più in generale sull'impiego del meccanismo verbale della *sponsio* nel contesto del processo v. M. KASER, *Das altrömische Ius: Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949, p. 280 ss. e B. ALBANESE, *La sponsio processuale sulla qualifica di vir bonus*, in *SDHI*, 60 (1994), pp. 135-158.

²²³ C. BUZZACCHI, *op. ult. cit.*, p. 92 ss. Non è mancato peraltro chi ha voluto individuare nella specifica sanzione pecuniaria così collegata alla prestazione della *sponsio* nel corso del processo la prosecuzione storica dell'obbligo di prestare la *summa sacramenti* anticamente collegato - nella corrispondente procedura delle *legis actiones* - alla dimostrazione processuale della falsità della pretesa, il quale si sarebbe appunto evoluto (in senso materialistico e laicizzato) fino a identificarsi con la pena processuale derivante dalla *sponsio*. In questo senso, si veda ad es. G. PUGLIESE, *Le legis actiones*, cit., p. 355 ss., nonché M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 284. *Contra* E. BIANCHI, *La temerarietà*, cit., p. 271, secondo il quale difetterebbe sul punto ogni sicura attestazione ricavabile dalle fonti in ordine alla corrispondenza funzionale tra il meccanismo formulare dello scambio tra *sponsio* e *restipulatio* prestate dalle parti e la più antica promessa sacramentale delle *legis actiones*.

²²⁴ Cfr. R. QUADRATO, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio*, Napoli, 1979, pp. 74 ss. (su cui K. HACKL, *Rec.*, in *ZSS*, 79 (1980), p. 403 ss.). Analogamente E. BIANCHI, *La temeritas*, cit., pp. 270.

²²⁵ Gai. 4.13: *Sacramenti actio generalis erat. De quibus enim rebus ut aliter ageretur, lege cautum non erat, de his sacramento agebatur: ea que actio proinde periculosa erat falsi [...] atque hoc tempore periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsionem, qua periclitatur reus, si temere neget, et restipulationem, qua periclitatur actor, si non debitum petat. Nam qui victus erat, summam sacramenti praestabat poenae nomine; ea que in publicum cedebat praedes que eo nomine praetori dabantur, non ut nunc sponsionis et restipulationis poena lucro cedit adversarii, qui vicerit.* Il fat-

de pecunia constituta compare qui per la prima ed unica volta nel manuale gaiano, così che un suo impiego generico e puramente esemplificativo appare invero piuttosto inverosimile, essendo assai più probabile che il giurista abbia inteso ricondurre l'applicazione dell'istituto esattamente all'azione e alla tipologia di giudizi in questo senso specificamente individuati²²⁶. Quel che risulta con certezza dalla sintesi gaiana è invece il differente ammontare della *summa sponsionis* nelle due fattispecie menzionate nel testo: *tertia partis* (vale a dire la misura di un terzo del valore della lite) nel caso della *sponsio* prestata nell'*actio de pecunia certa credita*; *partis dimidia* (ossia la metà del medesimo valore) nell'ipotesi della promessa collegata invece all'attuazione del *constitutum*; dal che discende naturalmente una corrispondente differenza anche in termini di gravità della sanzione potenzialmente gravante sul soggetto promittente, la quale può verosimilmente giustificarsi - oltre che per ragioni storiche collegate all'ammontare originario della *summa sacramenti* e in quanto tali non più autonomamente ricostruibili - in considerazione della maggiore gravità connessa all'ina-dempimento della pretesa collegata al *constitutum* rispetto a quella derivante dalla semplice *condictio* (a sua volta giustificabile per il fatto che nel primo giudizio si trattava in sostanza di dare attuazione a un'obbligazione già esistente in capo al debitore o da questi volontariamente assunta per conto di un terzo)²²⁷.

to stesso che il giurista abbia scelto di accostare esplicitamente la sanzione anticamente collegata al *sacramentum* processuale a quella derivante, in età storica, dalla prestazione della *sponsio* sembra peraltro confermare - quanto meno indirettamente - la sussistenza di un collegamento funzionale tra le due situazioni, pur lasciando evidentemente aperta e priva di soluzioni la delicata problematica dei modi e delle forme con le quali la relativa transazione potrebbe essere avvenuta. Per una critica delle ricostruzioni che hanno tentato di individuare lo snodo fondamentale di siffatta transazione nello schema della più recente *l.a. per conductionem* v. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., p. 113 ss.

²²⁶ Una possibile ricostruzione della clausola impiegata per la prestazione della *sponsio* (e della correlativa *restipulatio*) è stata proposta da O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit., p. 238, il quale immagina al riguardo che l'oggetto specifico della dichiarazione promissoria dovesse essere limitato al carattere sfavorevole della successiva sentenza: *Si a Titio secundum me iudicatum erit, dimidiam/tertiam partem quae peteretur dare spondesne?* Analogamente D. MANTOVANI, *Le formulae*, cit., p. 103.

²²⁷ In senso non dissimile sembra esprimersi - se non altro incidentalmente - anche C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo*, cit., p. 91, la quale osserva tra l'altro come tra le due azioni in questo modo accostate sussista una fondamentale differenza anche sul piano processuale, consistente nel fatto che, laddove nel caso dell'*actio certae creditae pecuniae* al debitore era sempre concesso di adempiere tardivamente nel corso della lite, in quello del *constitutum* tale possibilità era normalmente preclusa, così che la previsione in quest'ultimo caso di una sanzione più elevata (la metà anziché un terzo) potrebbe consentire all'attore rimasto insoddisfatto di ottenere nel giudizio - oltre alla sanzione processuale per l'indebita resistenza - anche una parziale reintegrazione in denaro per il mancato adempimento.

Nel caso della *restipulatio* prestata dall'attore in ordine alla fondatezza della propria pretesa, per converso, la trattazione gaiana non fornisce all'apparenza alcuna indicazione né con riguardo alla tipologia delle azioni nel contesto delle quali essa poteva operare, né in relazione alla quantità di denaro conseguentemente dovuta in caso di soccombenza, limitandosi a precisare che l'applicazione dell'istituto era a sua volta circoscritta a determinati giudizi (*ex certis causis*) e a evidenziarne la differenza rispetto alla *sponsio* del *vocatus* in quanto diretto a sanzionare la condotta dell'attore che sia rimasto soccombente all'esito del giudizio (*si vincere non potuerit*):

Gai. 4.181-182: *Restipulationis quoque poena ex certis causis fieri solet; et quemadmodum contrario iudicio omni modo condemnatur actor, si causam non tenuerit, nec requiritur, an scierit non recte se agere, ita etiam restipulationis poena omni modo damnatur actor, si vincere non potuerit.*

Proprio alla luce della contrapposizione con la promessa del convenuto e della qualificazione del rimedio in esame nei termini tecnici di una *restipulatio*, vale a dire come «contro-promessa» prestata dalla parte a fronte di un analogo impegno assunto dall'avversario, può tuttavia ritenersi che esso trovasse applicazione nelle medesime ipotesi in cui si dava la prima (*actio certae creditae pecuniae* e *de pecunia constituta*) e conducesse rispettivamente alle medesime sanzioni, identificandosi così - sotto il profilo della struttura e a prescindere dalla sua specifica funzione di natura sanzionatoria - con le altre ipotesi di stipulazioni reciproche prestate dalle parti durante il corso del processo, a loro volta caratterizzate da una sostanziale corrispondenza tra l'impegno assunto da ciascuno dei contendenti nei confronti e in favore dell'altro²²⁸. Nel medesimo frammento da ultimo richiamato, Gaio istituisce inoltre un evidente parallelismo - dal punto di vista dei presupposti - tra la sanzione pecuniaria even-

²²⁸ Si pensi al caso delle *cautiones* reciproche assunte dalle parti nella procedura relativa agli *interdicta duplicia*. In generale sulla natura e il funzionamento delle *stipulationes* processuali e sul ruolo delle stesse manifestato quale strumento ausiliario della giurisdizione pretoria v. A. GUARINO, *In tema di «praetoriae stipulationes»*, Roma, 1943; A. MOZZILLO, *Contributo allo studio delle stipulationes praetoriae*, Napoli, 1960 e A. GIOMARO, *Cautiones iudiciales e officium iudicis*, Milano, 1982. Di *sponsio* e *restipulatio* tra le parti processuali, il medesimo Gaio parla del resto in un unico altro luogo del manuale istituzionale (Gai. 4.166, relativo appunto all'interdetti duplici), laddove le espressioni si riferiscono senz'altro ai negozi speculari conclusi dalle parti onde istituire tra loro una reciproca garanzia.

tualmente derivante all'attore dalla prestazione *in iure* della *restipulatio* e la pena connessa all'attivazione nei suoi confronti del *iudicium contrarium* di cui si è detto in precedenza, precisando che, come in quest'ultimo si perveniva alla condanna a prescindere dalla consapevolezza della parte di aver agito ingiustamente (*nec requiritur, an scierit non recte se agere*), anche nel caso della contro-promessa nei confronti dell'avversario è sufficiente che l'attore abbia perduto la lite (senza bisogno di una puntuale verifica del suo atteggiamento soggettivo). Il che, più che rappresentare un profilo di specialità dell'istituto in esame rispetto alla garanzia processuale facente capo al convenuto, costituisce peraltro un ulteriore elemento di continuità con la stessa, posto che anche in quest'ultimo caso la sanzione pecuniaria collegata alla promessa presuppone unicamente - pur in assenza di una precisazione in questo senso nel testo istituzionale - la circostanza obiettiva della soccombenza nel giudizio²²⁹. Non si fatica a questo punto a ricostruire - in chiave operativa - le modalità di funzionamento del rimedio in esame nella dinamica concreta della vicenda processuale. Per mezzo di esso, l'obiettivo di fondo della garanzia del processo rispetto alle condotte temerarie o altrimenti avventate poste in essere dalle parti-dai litiganti...delle parti contendenti è perseguito in sostanza mediante uno scambio di promesse verbali prestate nel giudizio da ambedue i litiganti, ciascuno dei quali è chiamato ad impegnarsi al cospetto dell'altro (e dietro la promessa dell'eventuale pagamento di una somma di denaro) in ordine alla fondatezza della posizione sostenuta nel corso della lite: le difese processuali contrapposte all'azione nel caso del *vocatus* che abbia prestato la *sponsio*; la pretesa giuridica fatta valere nel processo in quello dell'attore chiamato ad obbligarsi mediante una *restipulatio*. Ottenendosi in tal modo - su basi negoziali e formalmente volontarie - una reciproca garanzia (opportunamente sanzionata) in merito alla correttezza ed all'effettiva serietà dell'attività processuale²³⁰.

²²⁹ In quest'ottica può dunque apparire difficilmente comprensibile che nel precedente § 174 la pena della *restipulatio* a carico dell'attore sia esplicitamente associata agli strumenti di repressione della *calumnia actoris* (che si caratterizza, come si è visto, per una specifica valenza soggettiva); Tale apparente contraddizione può tuttavia agevolmente spiegarsi alla luce del fatto che in quella sede preliminare Gaio si limita a ben vedere a richiamare - in termini generali - tutti i rimedi astrattamente azionabili nei confronti della parte che agisce nel giudizio, con la conseguenza che il riferimento iniziale all'elemento della *calumnia* può intendersi qui come un generico richiamo all'ingiustizia della lite che non implica alcuna valutazione specifica sull'atteggiamento soggettivo delle corrispondenti condotte. Sul punto, C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, cit., p. 84.

²³⁰ B. ALBANESE, *La sponsio processuale*, cit., p. 149 ss. parla in tal senso di una "*obligatio verbis negativamente condizionata*" alla prevalenza nella lite della parte promittente, ed osserva sul punto come

Questione diversa ed in parte più complessa è invece quella del fondamento giuridico posto alla base delle medesime promesse, vale a dire il problema di stabilire se e in che misura la prestazione delle stesse nel corso della lite fosse l'oggetto di uno specifico obbligo gravante sulle parti o rimanesse piuttosto affidato alla loro volontà. Se da un lato la terminologia utilizzata per riferirsi in concreto alla relativa attività (*sponsionem facere*) sembra suggerire che la promessa sia prestata su iniziativa spontanea delle parti interessate (al pari di un autentico atto a contenuto negoziale seppur compiuto nel processo)²³¹, infatti, l'impiego al riguardo del verbo *permittitur* - quanto meno nel caso della *sponsio vocati*²³² - dà piuttosto l'impressione che il compimento della medesima potesse essere imposto alla parte interessata dal magistrato giurisdicente e costituisse pertanto - dal punto di vista dei litiganti - l'oggetto specifico di un'attività vincolata (avvicinandosi in tal senso al normale regime di coercibilità forzata delle *stipulationes* di garanzia imponibili dal pretore²³³). Al riguardo deve tuttavia rilevarsi che, come la dottrina più recente non ha mancato di osservare, l'impiego di quest'ultima espressione in rapporto alla promessa non implica di per sé e necessariamente il suo carattere vincolato (il medesimo termine compare del resto, come si è visto, anche in relazione alla prestazione - senz'altro facoltativa - del *iusiurandum calumniae*), né consente di immaginare senz'altro un intervento del magistrato in ordine alla scelta di assumere o meno la relativa *obligatio*²³⁴. Dal che di-

- per effetto di siffatta combinazione reciproca di promesse verbali prestate nel processo - la finalità di economia dei giudizi sottesa alla repressione delle condotte temerarie venga in sostanza attuata in una forma giuridicamente indiretta, posto che la pena pecuniaria derivante dalla *sponsio* non colpisce immediatamente la parte ma rappresenta la conseguenza di un accordo in tal senso concluso nel giudizio.

²³¹ L'espressione *sponsionem facere (cum aliquo)* in relazione alla prestazione di una promessa di questo genere si trova del resto impiegata anche in alcune fonti di carattere letterario, tra cui può ricordarsi in particolare una testimonianza di Gellio (*Noct. Att.*, 14.2.26) in cui la prestazione della promessa reciproca appare presentata come l'oggetto di un'eventualità meramente ipotetica (e così verosimilmente rimessa alla scelta delle parti): *Verba ex oratione M. Catonis, cuius commemorat Favorinus, haec sunt: "Atque ego a maioribus memoria sic accepi: si quis quid alter ab altero peterent, si ambo pares essent, sive boni sive mali essent, quod duo res gessissent, uti testes non interessent, illi, unde petitur, ei potius credendum esse. Nunc si sponsionem fecisset Gellius cum Turio, ni vir melior esset Gellius quam Turius, nemo, opinor, tam insanus esset, qui iudicaret meliorem esse Gellium quam Turium: si non melior Gellius est Turio, potius oportet credi, unde petitur"*. Una formulazione analoga appare riscontrabile anche in *Tab. Hercul.*, 84: *si sponsionem... tecum faciam [...]*.

²³² In relazione alla *restipulatio* da parte dell'attore si dice infatti soltanto che la stessa *fieri solet*.

²³³ Sulla natura coercitiva delle principali tipologie di *cautiones* processuali e i mezzi di coazione diretta della loro prestazione all'interno del processo si veda ad es. M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 429 ss. e spec. p. 431 e l'ulteriore letteratura in quella sede richiamata.

²³⁴ Ci si riferisce in particolare alle osservazioni di C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo*, cit., p. 90, la quale riconduce siffatta conclusione - oltre che alla consueta accezione in cui il verbo *permittere* sem-

scende, in conclusione, che per le medesime ipotesi è più ragionevole ipotizzare che la prestazione della promessa seguisse di regola ad un accordo tra le parti e che la coazione pubblica ad opera del magistrato intervenisse tutt'al più - in un momento successivo - di fronte all'eventuale rifiuto di una di queste ultime di darvi attuazione. Quanto infine alle modalità di attuazione della sanzione indirettamente collegata alla prestazione della promessa, e consistente come si è visto nell'obbligo di versare una somma di denaro proporzionale alla lite in caso di soccombenza all'esito del giudizio, è sufficiente rilevare come la stessa avrebbe potuto concretamente attuarsi, come del resto nelle rimanenti ipotesi di *stipulationes* processuali, mediante la successiva proposizione - ad opera della parte destinataria della promessa prestata dall'avversario - di un autonomo giudizio (instaurato nelle forme ordinarie di un'*actio ex stipulatu*) volto a conseguire la prestazione pecuniaria a suo vantaggio assicurata nel precedente processo²³⁵. Ciò che equivale a riconoscere - in ultima analisi - che in forza del ricorso allo strumento in esame nel corso del giudizio, la funzione di assicurare l'utilità del processo rispetto ad eventuali condotte con lo stesso incompatibili viene di fatto trasferita - con l'imposizione ai contendenti di un impegno reciproco - alla iniziativa (privatistica) della parte vittoriosa che abbia ricevuto un detrimento dalle medesime condotte, affiancando così ai rimedi coattivi variamente predisposti con i suddetti istituti la possibilità riconosciuta ai litiganti medesimi di organizzare tra di loro una tutela integrativa nelle forme volontarie di un'obbligazione privatistica.

bra talora apparire nelle fonti giuridiche - ad una serie di indizi ulteriori ricavabili dalla stessa trattazione gaiana e alla funzione dell'istituto all'interno del processo. Nello stesso luogo si richiama inoltre - per la tesi contrapposta - A. PHILIPPIN, *Le pacte de constitut*, Paris, 1929, pp. 98 ss. Si noti tra l'altro come in altre occasioni in cui le fonti si riferiscono alla prestazione di stipulazioni diverse da quelle particolari di cui si tratta in questa sede, in relazione alle stesse ricorra piuttosto il termine *iubere*, che a differenza del primo è senz'altro indicativo della potestà del magistrato di imporre la *sponsio*: si veda ad es. D. 2.1.4, laddove Ulpiano, nel trattare dei poteri dei magistrati municipali, evidenzia appunto come a questi ultimi fosse di norma precluso - tra le altre cose - di *iubere caveri praetoria stipulatione*.
²³⁵ Così, tra gli altri, A. LOVATO - S. PULIATTI - L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto privato romano*, Torino, 2014, p. 116. Di opinione parzialmente differente mostra invece di essere C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo*, cit., p. 97 ss., la quale ha ritenuto di poter ipotizzare - specialmente sulla scorta di alcune testimonianze delle fonti epigrafiche - che l'attuazione della promessa del terzo o della metà del valore della lite dovesse avvenire in una forma pregiudiziale rispetto al procedimento avente per oggetto la pretesa principale, e quindi che lo schema formulare relativo all'ottenimento della *summa sponsionis* dovesse accompagnarsi di regola alla contestuale proposizione di quello relativo all'azione principale.

4.3.1. *Stipulationes pretorie e altre forme di garanzia nei confronti della temeritas*

Come in altre occasioni, l'aspetto più interessante della trattazione gaiana degli strumenti di cui trattasi risiede tuttavia - anche in questo caso - nella descrizione dei rapporti tra i medesimi rimedi e i rimanenti istituti di cui l'autore si occupa in questa parte del manuale. In entrambi i richiamati passaggi della sintesi istituzionale, rispettivamente dedicati (nei termini suddetti) alla *sponsio* del *vocatus* e alla speculare *restipulatio* proveniente dall'attore, il giurista fornisce in effetti dei significativi riferimenti anche con riguardo alle possibili interazioni tra l'eventuale prestazione delle promesse in esame e gli ulteriori istituti astrattamente riconducibili a ciascuna delle parti all'interno del processo, consentendo in tal modo di ricostruire indirettamente - con una certa precisione - la collocazione specifica di quei rimedi promissori nel quadro complessivo dei mezzi di garanzia della parte interessata di fronte alle condotte *lato sensu* temerarie eventualmente provenienti dall'avversario processuale. Mentre nell'ipotesi della promessa del convenuto (§ 172) il giurista non affronta direttamente la questione ma si limita a precisare che il ricorso alla *sponsio* esclude il *iusiurandum* deferito al *vocatus* (applicabile *si neque sponsionis neque dupli actionis periculum ei iniungatur*), in quella della *restipulatio* facente capo all'attore egli descrive esplicitamente - in un autonomo paragrafo (§ 181) - il rapporto con entrambi gli ulteriori rimedi riferibili a questa parte, affermando da un lato che se è applicabile la *stipulatio* non può trovare applicazione il *iudicium calumniae* e dall'altro che nel medesimo caso non è dato nemmeno il *iusiurandum* di calunnia, salvo poi precisare - in una sorta di sillogismo apparente non molto dissimile da quello sopra esaminato in relazione al giuramento - che alla medesima conclusione può pervenirsi in astratto anche con riguardo all'eventuale ricorso al *iudicium contrarium* (*nam contrarium iudicium ex his causis locum non habere palam est*)²³⁶. Come si è visto in rapporto alla repressione della *calumnia*, tuttavia, dalla circostanza che la trattazione dei possibili

²³⁶ Sul significato dell'impiego - apparentemente ingiustificato - della congiunzione *nam* con cui viene introdotta la proposizione conclusiva in merito al rapporto tra la *restipulatio* e il *iudicium contrarium* può rinviarsi incidentalmente a A.M. GIOMARO, *La scelta del mezzo giudiziale*, op. cit., p. 148, la quale conclude nel senso che la logicità del discorso può nondimeno considerarsi sostanzialmente preservata ove si assuma a premessa maggiore (e dunque a presupposto delle seguenti affermazioni) la considerazione riguardante la non cumulabilità tra la *restipulatio* dell'attore e il *iusiurandum calumniae*.

rapporti con i rimedi esperibili nei confronti dell'attore sia più completa e dettagliata di quella riguardante la dimensione del convenuto non può automaticamente ricavarsi l'interscambiabilità di questi ultimi o un minore interesse per la loro interazione, ben potendosi giustificare il diverso trattamento delle due situazioni alla luce del fatto che i rimedi finalizzati a contrastare la litigiosità temeraria delle due parti del processo operassero su piani parzialmente differenti (più lineare ed oggettivo sul versante del *vocatus*; più articolato e strettamente collegato alla dimensione della *calumnia* su quello dell'attore); con la conseguenza che nelle due ipotesi doveva apparire giustificata anche una diversa impostazione dell'indagine dei possibili rapporti tra i rispettivi istituti ed il rimedio convenzionale delle *stipulationes* pretorie. Ancorchè più generica e meramente indiretta, del resto, anche la sintesi relativa ai rapporti tra la *sponsio* e gli ulteriori rimedi relativi al *vocatus* consente a ben vedere di ricostruire con relativa chiarezza lo schema degli stessi, il quale ricalca tra - con le dovute differenze - quello espressamente tratteggiato in relazione all'attore: se il giuramento sulla *calumnia* del convenuto può trovare applicazione soltanto laddove non operino nei suoi confronti né la *sponsio* né il raddoppio della condanna in conseguenza della *infinitio*, infatti, ciò significa - *a contrario* - che i medesimi rimedi nei confronti del *vocatus* si pongono rispetto alla promessa in un rapporto di incompatibilità necessaria, rimandando in ogni caso esclusi dalla sua applicazione ed escludendola a loro volta ove trovassero impiego in luogo della stessa: laddove il *vocatus* avesse prestato la *sponsio* nei confronti dell'avversario, così, egli non avrebbe potuto essere chiamato da questi a prestare il giuramento di non resistere con calunnia, così quest'ultimo avrebbe dovuto escludersi in caso di potenziale raddoppio dell'ammontare della condanna²³⁷. Rimane invece formalmente aperta la questione dei rapporti tra la prestazione della *sponsio* e le azioni che comportano una condanna nel doppio, ancorchè alla luce del descritto parallelismo (sia pur implicito) con la situazione dell'attore non appaia implausibile che i medesimi rimedi, risultando ambedue incompatibili con la prestazione del giuramento ad opera del *vocatus*, dovessero parimenti considerarsi inconciliabili anche l'uno con l'altro, definendosi di conseguenza, così come si è visto sul versante dell'attore, un «sillogismo» nel senso della reciproca esclusione.

²³⁷ Sul punto si veda, ancora, A.M. GIOMARO, *op. ult. cit.*, pp. 148-149 e A. AGUDO RUIZ, *Las sanciones al litigante temerario en las Institutiones de Gayo*, cit., spec. pp. 9 ss.

Quella che si delinea tra gli istituti in esame, come già nel caso dei rimedi specifici nei confronti della *calumnia* (*vocati* ed *actoris*), è in altri termini una precisa relazione di concorrenzialità alternativa, per cui la scelta di ricorrere alla promessa reciproca di una somma di denaro in caso di soccombenza all'esito del giudizio esclude automaticamente ed in modo irreversibile la possibilità di ricorrere nello stesso processo ad uno degli ulteriori strumenti formalmente riconosciuti a ciascuna delle parti; a prescindere dal fatto che questi ultimi presentino in astratto i medesimi presupposti per la sanzione del litigante (come può dirsi - ad esempio - per il raddoppio della condanna nelle azioni litis crescenti, a sua volta subordinata alla sola condizione della soccombenza nel giudizio), ovvero risultino assoggettati (come nel caso dei giudizi di calumnia nei confronti dell'attore) a condizioni differenti ed in parte più specifiche. Il che si giustifica, secondo quanto appare ricavabile dal riferimento di Gaio alla questione del *periculum* derivante dalla *sponsio*, per l'esigenza di evitare che il rischio sanzionatorio potenzialmente collegato alla pena convenzionale stabilita dalle parti possa assommarsi - a discapito del medesimo soggetto - a quello derivante dagli ulteriori istituti nei suoi confronti applicabili²³⁸. Escludendo a priori il ricorso concorsuale ai diversi istituti così richiamati, si ottiene in tal modo - per un verso - di consentire alle parti di ricorrere (su basi volontarie) a una garanzia convenzionale della correttezza del giudizio laddove il diritto civile o pretorio non offrano a tal fine un rimedio specifico ma di prevenire - al tempo stesso - che nei giudizi in cui siffatti rimedi vengono invece riconosciuti ciò si traduca in un'eccessiva pericolosità dell'attività processuale per la parte potenzialmente esposta alla sanzione convenzionale.

²³⁸ Sulla possibilità di individuare nella tematica del *periculum* il tratto unificante della sintesi gaiana sulla litigiosità temeraria si veda in particolare E. BIANCHI, *La temeritas*, cit., p. 246 ss., secondo il quale tale chiave di lettura informerebbe a ben vedere - oltre alla specifica trattazione dei rapporti tra i differenti rimedi a tal fine predisposti - anche una serie di ulteriori passaggi del manuale istituzionale variamente riconducibili alla questione dei rischi potenzialmente derivanti a carico della parte dallo svolgimento del processo; si consideri ad es. la circostanza che siano definiti «pericolosi» - tra le altre cose - sia la procedura collegata alla prestazione del *sacramentum* nelle *legis actiones*, quanto l'*actio certae creditae pecuniae* in ragione del *periculum sponsionis* ad essa collegato (4.13), o ancora la procedura interdittale effettuata *cum periculo* (4.165). Una certa tendenza nel senso di riconoscere nella dimensione «strumental-cautelare» del rischio collegato alla scelta dei diversi mezzi di garanzia delle parti il fondamentale criterio espositivo di buona parte della trattazione istituzionale può intuirsi anche in G. FALCONE, *Appunti sul IV Commentario delle Istituzioni di Gaio*, cit., p. 148 ss.

CAPITOLO SECONDO

LA COOPERAZIONE DELLE PARTI ALL'INTRODUZIONE DEL GIUDIZIO

1. Necessità del contraddittorio e compresenza delle parti

Il regolare svolgimento del processo quale attività congiunta di (almeno) due parti - nel processo civile l'attore e il convenuto - presuppone evidentemente, oltre all'esistenza di una controversia tra le stesse e all'individuazione di un giudice disposto a giudicarle, che tali soggetti possano incontrarsi tra loro in un'unica sede ed accettino il giudizio che in quest'ultima si svolge, vale a dire che tra gli stessi soggetti si costituisca un rapporto che li metta in condizione di instaurare un confronto. Se è vero che non può esservi processo senza le due parti ed un giudice imparziale (le *tria personae* del già citato brocardo¹) - in altre parole - la prima esigenza che dev'essere soddisfatta al fine di assicurarne la regolarità e l'efficacia è quella di garantire che ciascuna delle parti interessate al processo si manifesti personalmente nei confronti dell'altra e garantisca di fronte al giudice la propria presenza in funzione del giudizio, in mancanza della quale difetterebbero del resto tanto la possibilità di una corretta rappresentazione degli elementi della lite, quanto le condizioni esteriori per la successiva attuazione della decisione finale. Il che presuppone, com'è facile intuire, non soltanto la facoltà per l'attore (o eventualmente per il giudice) di stimolare la partecipazione del convenuto al giudizio o alla prosecuzione dello stesso, ma anche (correlativamente) qualche forma di dovere in capo a quest'ultimo di reagire a tali stimoli e concorrere a sua volta agli sviluppi della causa. Dovere che è naturalmente tanto più difficile da garantire se si considera che la parte convenuta, pur avendo un generale

¹ Si veda, *supra*, l'*incipit* del Capitolo introduttivo.

interesse alla correttezza del giudizio², non persegue di regola (a differenza di chi agisce) un interesse specifico al buon esito di questo, nutrendo tutt'al più un interesse contrario alla sua stessa istituzione, ovvero, quand'anche abbia ritenuto di parteciparvi attivamente, un interesse mediato a riceverne dallo stesso il minor aggravio possibile in vista della sua liberazione. La tutela dell'economia del processo intesa - nel senso più ampio del termine - come assicurazione dell'efficienza e della regolarità di quest'ultimo nell'interesse ad una corretta attuazione dei suoi fini naturali incomincia pertanto - a voler essere precisi - già prima (e in questo senso «al di fuori») del processo medesimo, trattandosi anzitutto - e prima di ogni ulteriore questione relativa ad altre fasi di svolgimento del processo - di assicurare che le parti (e in primo luogo il convenuto) cooperino attivamente al suo momento introduttivo, ossia di fare in modo che esse non ostacolino (ed anzi consentano) la regolare instaurazione del rapporto processuale e pongano in tal modo le basi per gli sviluppi conseguenti fino alla decisione finale. Ciò nella consapevolezza che ogni ulteriore guarentigia del buon andamento dell'*iter* processuale dipende - in ultima analisi - proprio dalla efficacia degli strumenti predisposti onde cautelare questa iniziale cooperazione.

Se tutto questo è vero - in generale - per qualsivoglia processo, deve tuttavia rilevarsi che la richiamata esigenza di assicurare la collaborazione delle parti alla genesi del giudizio e di prevenire eventuali comportamenti contrari a tale interesse fondamentale assume - con speciale riferimento al processo romano - un significato e una rilevanza del tutto particolari³. Laddove i moderni ordinamenti processuali, pur favorendo in linea di principio l'effettiva partecipazione delle parti allo svolgimento del giudizio - ammettono cionondimeno l'instaurazione dello stesso anche in assenza di una di esse (nelle forme caratteristiche del processo contumaciale), nel sistema processuale romano dell'*ordo iudiciorum privatorum* la partecipazione di ambedue i con-

² In generale sulla posizione del convenuto nel processo civile e sulle situazioni negative potenzialmente derivanti da una sua incompleta partecipazione M. MINARDI, *Le trappole nel processo civile: le preclusioni: delle domande dell'attore e del convenuto, delle eccezioni in senso stretto e in senso lato, di merito e di rito, della precisazione e modificazione delle conclusioni, delle allegazioni di fatti principali e secondari, delle argomentazioni difensive, delle istanze istruttorie*, Milano, 2010.

³ Le successive considerazioni circa la cooperazione delle parti in sede ed ai fini dell'introduzione del giudizio costituiscono uno sviluppo e una precisazione ulteriore di quanto già osservato quanto al ruolo delle parti nel processo romano in sede di introduzione del presente lavoro. Per più ampi riferimenti alla tematica nel suo complesso si rinvia pertanto alle osservazioni già svolte nelle pagine introduttive.

tendenti allo svolgimento del giudizio fin dal momento preliminare della sua introduzione dinanzi al magistrato rappresenta infatti un carattere costitutivo e una necessità imprescindibile, al punto che nella stessa può identificarsi in tal senso un vero e proprio elemento qualificante di quel modello processuale nella sua peculiare dimensione storica e culturale⁴. Ciò che discende - a ben guardare - da molteplici fattori tra di loro concorrenti. Da un lato, a condizionare il ruolo della partecipazione delle parti in quel sistema processuale è evidentemente la stessa matrice privatistica - e dunque essenzialmente paritetica - caratteristica delle prime due fasi della sua evoluzione (corrispondenti alla più antica procedura delle *legis actiones* ed al processo *per formulas*), la quale si riflette non soltanto in un minor coinvolgimento dei pubblici poteri rispetto alle procedure postclassiche e a quelle moderne, ma anche (ed anzi soprattutto) in un significato assai più pregnante dell'iniziativa e dell'attività dei contendenti rispetto al concreto esercizio della giurisdizione civile⁵. Con l'ulteriore e naturale conseguenza che non solo le parti devono essere personalmente presenti nella sede deputata allo svolgimento del processo (*in iure*), ma anche che si rende indispensabile assicurarne il coinvolgimento diretto in ognuno degli snodi fondamentali della vicenda processuale⁶, tant'è vero che a tali procedure e alle loro implicazioni sull'attività delle parti ci si è talora riferiti nei termini di un processo a «bilateralità soggettiva perfetta»⁷. Per altro verso, la necessità insopprimibile della cooperazione

⁴ Un discorso diverso deve invece valere - per le ragioni ben note - con riguardo alla più recente procedura di matrice pubblicistica della *cognitio extra ordinem*, nella quale alla mancata cooperazione delle parti nel corso del processo sopperiva per molti versi (anche nella fase introduttiva) l'intervento coattivo dell'autorità giudiziaria; ciò che consente di avvicinare la relativa disciplina - più che modello del diritto più antico - alle forme caratteristiche dei diritti moderni. Sulle procedure contumaciali del diritto postclassico v. M. KASER, K. HACKL, *Das römisches Zivilprozessrecht*, cit., p. 472 ss. e 567 ss.

⁵ Sul carattere essenzialmente «privatistico» della procedura più antica e del processo *per formulas* può rinviarsi a G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, I, Bologna 1946, p. 100 ss.; G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, Torino, 1986, specialmente pp. 17 ss.; e - più di recente - J.L. MURGA, *Derecho romano clasico, II-El proceso*, Zaragoza, 1980, p. 31 ss. Sulle possibili radici di tale impostazione nella risoluzione «arbitrale» delle controversie private vedi M. WLASSAK, *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse*, 1921 e G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, I, Torino, 1950, p. 57 ss.

⁶ Per una sintesi dei differenti momenti in cui si rende necessaria la cooperazione delle parti per la prosecuzione del giudizio si rinvia alla sintesi di L. D'AMATI, *Sulla cooperazione del convenuto nel processo formulare*, cit., p. 857 ss., ove si evidenzia tuttavia come la diversità delle condotte di volta in volta richieste nei confronti delle parti non consenta di ricostruire una nozione unitaria della loro cooperazione, ma imponga di esaminarla in modo differenziato per ciascuna delle situazioni descritte.

⁷ L'espressione, che rispecchia efficacemente il rilievo essenziale della compresenza delle parti ai fini del giudizio, si ritrova in particolare in G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo romano*, Torino, 1970, p. 5 e nt. 1: «Dalla concezione romana del processo civile è inseparabile l'idea della bilateralità soggettiva, realizzatasi nelle varie epoche in modi e forme diverse che hanno profon-

delle parti (e in particolare del convenuto) nel processo formulare discende dalla medesima struttura tecnica caratteristica del giudizio ad esso corrispondente, strutturato come ben noto in una prima fase dinanzi al magistrato durante la quale le parti esponevano le proprie rispettive pretese alla presenza di quest'ultimo e da una fase successiva di accertamento fattuale affidata ad un *iudex privatus* (o a un collegio di giudicanti) selezionato dalle parti di comune accordo; la seconda separata dalla prima dal momento intermedio di fissazione bilaterale dei termini delle lite rappresentato dall'accordo delle medesime parti sulla *litis contestatio*⁸. È infatti evidente che - a fronte della natura *lato sensu* convenzionale dei passaggi procedurali in tal modo sommariamente individuati (la *litis contestatio* e la scelta del giudice)⁹ - il giudizio non potrebbe svolgersi né proseguire regolarmente fino al suo esito naturale senza la partecipazione attiva di entrambe le parti agli atti necessari al suo concreto divenire, la quale presuppone anzi - fin dal principio - che l'attore abbia ottenuto la presenza fisica del convenuto di fronte al magistrato e la sua effettiva disponibilità a rendersi attivo nei momenti prestabiliti. Al che si aggiunga che - in mancanza di un'adeguata collaborazione da parte di quest'ultimo - sarebbero rimaste impraticabili anche alcune formalità rituali di carattere non contenzioso che si svolgevano a propria volta *in iure* nelle forme del processo, anch'esse subordinate alla simultanea presenza di fronte al magistrato di entrambi i contendenti (e talora di ulteriori soggetti) e al compimento di certi atti su iniziativa degli stessi, come nel caso paradigmatico dell'acquisto di una *res* mediante *in iure cessio* nelle antiche forme della *l.a. sacramento in rem*¹⁰. Essendo impostato alla stregua di un meccanismo essenzialmente privatistico e quin-

damente inciso sulla struttura del procedimento [...]". Analogamente, L. D'AMATI, *Litem deserere*, in *Il giudice privato nel processo civile romano- Omaggio ad Alberto Burdese*, Padova, 2012, p. 178.

⁸ In generale sulla struttura bipartita del procedimento *per formulas* e le sue ripercussioni sui rapporti tra le parti C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, I, cit., p. 142 ss.

⁹ Della *litis contestatio* si è del resto ipotizzata in passato - proprio in ragione del suo carattere bilaterale di accordo tra i contendenti - una vera e propria connotazione negoziale in termini di contratto stipulato dalle parti dinanzi al magistrato. In tal senso, da ultimo, M. ANDRÉEV, *Bemerkungen zum römischen Zivilprozessrecht*, in *ZSS*, 89 (1972), p. 334 ss. Nonostante tale tesi abbia ricevuto in tempi più recenti numerose e convincenti opposizioni (su cui cfr. M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 79), peraltro, non vi è dubbio che la sua qualificazione come negozio processuale a bilateralità perfetta rappresenti in qualche modo efficacemente quanto meno la sostanza del suo ruolo centrale entro il rapporto processuale. Più ampi riferimenti in G. PUGLIESE, *La litis contestatio nel processo formulare*, in *Scritti giuridici A. Scialoja*, Bologna, 1979, pp. 363-388.

¹⁰ Per questi profili si veda in generale J. WOLFF, *The Constitutive Effect of In Iure Cessio*, 1959, *passim* e M. KASER, *Römisches Privatrecht*, cit., p. 50 ss. Si noti tuttavia l'attività dei magistrati giurisdicenti relativa al compimento di tali atti privati era di norma sottratta alle norme riguardanti la giurisdizione contenziosa; Sul punto N. DONADIO, *Vadimonium e contendere in iure*, Milano, 2011, p. 354 ss.

di assoggettato in misura considerevole alla «potestà delle parti»¹¹ e alla disponibilità delle stesse - in altri termini - il processo romano dell'età formulare appare contraddistinto (al pari di quello più antico delle *legis actiones*) da una generale e inevitabile necessità del contraddittorio fra le parti¹² inteso innanzitutto come contestuale ed effettiva presenza delle stesse nella sede in cui il processo è destinato ad avvenire. Necessità che non può ovviamente che manifestarsi - in primo luogo - proprio nel momento genetico della costituzione del giudizio e della conseguente instaurazione del rapporto processuale, ossia non appena l'attore assuma l'iniziativa di introdurre la lite al fine di far valere giudizialmente la propria pretesa nei confronti dell'avversario.

Alla luce delle suesposte caratteristiche del modello processuale romano e delle fondamentali esigenze di cooperazione tra le parti a quest'ultimo sottese, è pertanto ragionevole attendersi - se non altro in ipotesi - che ad esse corrispondessero al contempo delle adeguate garanzie, vale a dire che in quel sistema processuale risultasse predisposti degli appositi strumenti onde assicurare la necessaria cooperazione dei contendenti anche in assenza di un adempimento spontaneo¹³. Ciò non solo (e non tanto) garantendo all'attore la possibilità di portare efficacemente a conoscenza del proprio avversario l'iniziativa processuale, ma soprattutto individuando dei meccanismi efficaci onde costringere quest'ultimo a partecipare al giudizio. Se il processo non può cominciare e costituirsi regolarmente se non in presenza della parte convenuta, è infatti auspicabile che lo stesso sistema che impone in generale un siffatto requisito preveda dei rimedi per attuarlo indirettamente ed in forma coattiva, vale a dire una disciplina specifica volta a esercitare qualche forma di pressione sullo stesso convenuto al fine di coartare la sua (indispensabile) presenza anche laddove questi

¹¹ Di "Herrschaft der Parteien über das Prozessgeschehen" [dominio delle parti sul divenire processuale] si parla espressamente in M. KASER, K. HACKL, *Das römischen Zivilprozessrecht*, cit., p. 9, onde evidenziare appunto la dimensione marcatamente privatistica del processo romano classico (e più in generale delle strutture giustiziali più antiche) in contrapposizione all'impostazione pubblicistica dei diritti moderni.

¹² Nel senso di un contraddittorio «necessario» in qualche misura coesistente alle *legis actiones* ed alla successiva procedura *per formulas* si è espresso in particolare - ed in termini specialmente incisivi - G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, cit., p. 7 e nt. 4.

¹³ In generale su questa specifica esigenza di garanzia del processo I. BUTI, *Il «praetor» e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli, 1984, pp. 192 ss.

non sia disposto - per renitenza, ostruzionismo o semplice riluttanza¹⁴ - a contribuire volontariamente alla nascita e al divenire del processo; in modo tale che il suo eventuale rifiuto non impedisca alla sua controparte di realizzare l'interesse perseguito nel giudizio. Una risposta ordinamentale evidentemente indiretta e puramente «suppletiva» (posto che se il rifiuto persiste il processo resta comunque impraticabile essendo esclusa la contumacia), ma nondimeno necessaria al fine di evitare che l'indisponibilità del convenuto a prestarsi spontaneamente al giudizio possa risolversi automaticamente in una paralisi dello stesso. Rischio che, come si è già evidenziato in apertura del discorso, rimane inevitabilmente connaturato in qualsiasi processo che - al pari di quello romano dell'epoca classica - non possa prescindere (per dirla con un gioco di parole) da «un ruolo attivo del soggetto passivo» nel funzionamento del giudizio. Obiettivo fondamentale del presente capitolo, come del resto si è già anticipato in sede di introduzione, sarà pertanto quello di indagare e descrivere - con particolare riferimento alla dimensione specifica del processo *per formulas* - in quali forme e con quali modalità il diritto romano abbia in concreto perseguito gli scopi processuali così individuati, identificando i diversi istituti a tal fine eventualmente operanti nel contesto del processo e ricostruendone il funzionamento (ed il grado di efficacia) rispetto al fine generale di garantire la regolarità del giudizio nella sua fase introduttiva. Ciò che ci si augura consentirà al tempo stesso di valutare efficacemente se - ed in quale misura - i rimedi in esame possano in questo senso qualificarsi - nel quadro complessivo delle finalità dell'indagine - quali meccanismi di protezione dell'economia del giudizio di fronte ai comportamenti con esso incompatibili posti in essere dalle parti, che in questa fase del processo sembrano assumere del resto una rilevanza peculiare in quanto lesivi non solo e non tanto dell'utilità del giudizio nel suo esito finale ma della stessa possibilità che un giudizio si instauri. Al tempo stesso, si cercherà inoltre di ricostruire e di mettere in luce i criteri e le linee guida che sembrano aver ispirato - nell'opera del pretore e in quella dei giuristi - lo sviluppo e l'evoluzione di tale sistema di garanzia dell'introduzione del giudizio contro le condotte oppositive provenienti dalle parti, evidenziando ove possibile quali trasformazioni esso abbia subito

¹⁴ Con riguardo alle diverse modalità con cui poteva manifestarsi in concreto un simile rifiuto si veda - tra gli altri - L. D'AMATI, *Litem deserere*, cit. p. 178. Sul punto si ritornerà più ampiamente nel corso dell'indagine specie al fine di indagare le eventuali differenze nel loro trattamento in sede processuale.

nel divenire del tempo e quali conseguenze esse abbiano prodotto sul livello complessivo di efficacia dello stesso. In questa prospettiva, dopo un esame preliminare delle radici di quel sistema nella più antica procedura delle *legis actiones* (§ 2), si procederà naturalmente ad un'indagine più analitica degli specifici rimedi a tal fine predisposti nel particolare contesto del processo *per formulas* (§ 3), con particolare attenzione ai meccanismi di adattamento e alle altre innovazioni a tal riguardo introdotte su iniziativa del pretore; per concludere infine - a titolo di sintesi delle osservazioni precedenti - con alcune considerazioni di carattere generale circa l'impianto complessivo e la reale efficacia della disciplina giuridica in quella sede vigente (§ 4).

2. La coazione della presenza del convenuto nelle *legis actiones*

Come brevemente accennato nella porzione conclusiva del precedente paragrafo, la storia degli strumenti di garanzia dell'introduzione del giudizio contro le eventuali resistenze della parte convenuta incomincia a ben vedere già nella fase più antica dell'esperienza processuale del diritto romano, vale a dire nell'epoca in cui la risoluzione giuridica delle controversie tra privati era affidata alle rigorose formalità delle *legis actiones*. È quindi opportuno che anche l'indagine relativa a siffatte garanzie e alla loro evoluzione in età formulare prenda le mosse - in prospettiva storica - da quel modello processuale. Che già il procedimento *per legis actiones* necessitasse, onde funzionare correttamente, della contestuale presenza di entrambe le parti sin dal momento introduttivo dell'instaurazione della lite è del resto testimoniato senza alcuna incertezza dalle non molte fonti pervenuteci al riguardo, le quali restituiscono in effetti l'immagine complessiva di una procedura bilaterale nell'ambito della quale il coinvolgimento del chiamato risultava di conseguenza imprescindibile¹⁵. La stessa *in ius vocatio*, con la quale in quella fase doveva verosimilmente principiare qualsiasi

¹⁵ Emblematica appare in tal senso la testimonianza di *Gai.* 4.29, laddove viene riferita la discussione circa la qualificabilità della *pignoris capio* come *legis actio* proprio in quanto si svolge *extra ius* e non richiede la presenza del convenuto: “*quibusdam autem placebat legis actionem non esse, primum quod pignoris capio extra ius peragebatur, id est non apud praetorem, plerumque etiam absente adversario, cum alioquin ceteris actionibus non aliter uti quis posset quam apud praetorem praesente adversario; praeterea quod nefasto quoque die, id est, quo non licebat lege agere, pignus capi poterat*”. Sul punto G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio*, cit., p. 11, il quale rimanda a sua volta alle ricerche fondamentali di LEVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, 1960, p. 159 ss.

procedimento contenzioso dinanzi ai magistrati¹⁶, si configurava anzi - in questa prospettiva - come un atto di natura essenzialmente privatistica riguardante in primo luogo il rapporto tra il vocante ed il futuro convenuto (e solo secondariamente quello tra gli stessi e l'autorità giurisdicente), potendosi attuare in qualsiasi forma fosse apparsa più utile alla parte interessata¹⁷ e addirittura - come appare verosimile - senza bisogno di una preventiva indicazione delle ragioni giustificative dell'iniziativa processuale¹⁸. La chiamata a comparire in giudizio al cospetto del magistrato proveniva pertanto dal medesimo soggetto personalmente interessato alla costituzione del giudizio e si rivolgeva - altrettanto direttamente - all'individuo nei cui confronti questi vantava una pretesa, il quale poteva di conseguenza adempiere alla corrispondente richiesta soltanto comparendo personalmente di fronte al magistrato. Una limitata possibilità di evitare la comparizione personale reclamata dal vocante era ammessa - con una certa probabilità - soltanto per il caso della prestazione di un *vindex*, ossia laddove un terzo (che secondo un noto precetto delle XII Tavole¹⁹ doveva essere almeno proprietario terriero) accettasse di presentarsi al cospetto del giudice in luogo del *vocatus*²⁰. Sul punto si tornerà più ampiamente nel seguito una volta chiarita - a prescindere da questo aspetto - la posizione del convenuto. Ciò che conta in questa

¹⁶ Sulla funzione della *in ius vocatio* nella procedura più antica si rinvia in generale a G. PUGLIESE, *Il processo civile romano* I, cit., p. 253 ss. Per l'eccezione della *pignoris capio* M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 146. Interessanti spunti sulle possibili origini di tale specifica modalità di introduzione del giudizio in C.A. CANNATA, *Violenza fittizia e violenza reale nelle strutture primigenie del processo privato romano*, in *St. Sanfilippo*, Milano, 1983, p. 167 ss., secondo il quale essa avrebbe progressivamente sostituito il generalizzato ricorso delle origini alla violenza privata a partire dalle azioni *in personam* in cui l'esistenza del credito non risultava fin dall'inizio notoria.

¹⁷ È evidente in tal senso il contrasto tra la libertà di forme del processo più antico e il rigoroso formalismo dell'introduzione del giudizio caratteristico delle procedure pubblicistiche di età più recente (si pensi al proposito alla *denuntiatio* o all'*evocatio* della *cognitio extra ordinem* o financo alla procedura *per libellos* dell'età tardo-antica, con le connesse formule officiose per la chiamata in giudizio). Per queste particolari modalità di introduzione del giudizio si vedano - rispettivamente - A. BELLODI-ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem*, Milano, 1998, e A. STEINWENTER, *Studien zum römischen Versäumnisverfahren*, München, 1914, *passim*.

¹⁸ Sulla tendenziale irrilevanza del difetto di una specifica *editio actionis* ai fini della costituzione del giudizio nelle *legis actiones* si veda ad es. I. BUTI, *op.ult.cit.*, p. 226, nt. 11-18; Di "astrattezza" della i.i.v. nel processo più antico parla in tal senso - non senza equivoci - O. BEHREND, *Der Zwölftafelprozess. Zur Geschichte des römischen Obligationsrechts*, Göttingen, 1974, pp. 14 ss. In ciò si manifesta peraltro una significativa differenza tra il processo più antico e la procedura formulare, nella quale l'*editio* costituiva di regola un onere dell'attore e poteva condurre - in caso di omissione - a sanzioni specifiche sino alla *denegatio actionis*. Sul punto G. PUGLIESE, *Il processo privato*, cit., p. 255 ss.

¹⁹ *XII Tab.*, I.4: *Adsiduus vindex adsiduus esto. Proletario iam civi quis volet vindex esto*. Sul punto A. PAGLIARO, *Testo ed esegesi delle XII tavole (I,4)*, in *La critica del testo*, I, 1971, pp. 567 ss.

²⁰ In generale sull'eventualità della prestazione di un *vindex* nella *in ius vocatio* v. F. LA ROSA, *Il vindex nella in ius vocatio e il garante del vadimonium*, in *Studi Betti*, III, Milano, 1962, pp. 304 ss. In senso contrario D. SCHLOSSMAN, *Der vindex bei der in ius vocatio*, in *ZSS*, 24 (1903), pp. 279 ss.

sede è unicamente aver messo in luce con sufficiente chiarezza come nel particolare contesto del processo più antico la chiamata in giudizio fosse di regola un'attività strettamente personale che poteva in quanto tale attuarsi - nella generalità delle ipotesi - esclusivamente per mezzo di una partecipazione diretta della persona chiamata.

2.1. Tipizzazione e repressione delle condotte ostruzionistiche

Altrettanto dirette e rigorosamente privatistiche dovevano essere pertanto le modalità di reazione predisposte dal sistema di fronte all'eventuale rifiuto opposto dal convenuto di prestarsi spontaneamente all'instaurazione della lite. Un'efficace testimonianza in tal senso sembra in effetti essere offerta, per quanto delle stesse ci è consentito di sapere in base alle fonti più recenti, dalla stessa Legge delle XII Tavole, che della *in ius vocatio* e delle sue possibili conseguenze si sarebbe occupata già nei primissimi versetti del testo normativo²¹. Secondo la lettura pressoché unanimemente condivisa²², il precetto decemvirale a tal riguardo dettato sarebbe stato il seguente:

XII Tab. I, 1-3

1. SI IN IUS VOCAT, <ITO>. NI IT, ANTESTAMINO: IGITUR EM CAPITO. 2 SI CALVITUR PEDEMVE STRUXIT, MANUM ENDO IACITO. 3. SI MORIBUS AEVI-TASVE ESCIT, <QUI IN IUS VOCABIT> IUMENTUM DATO. SI NOLET ARCE-RAM NE STERNITO.

Come si vede, dal testo decemvirale si ricava innanzitutto - e con icastica chiarezza - che a fronte della chiamata in giudizio effettuata dall'attore, il *vocatus* non dispone di

²¹ Una differente collocazione della disciplina in esame - nel quadro della seconda tavola anziché nella prima - è stata proposta da O. BEHREND, *op. ult. cit.*, p. 58 ss. In senso contrario a tale ricostruzione alternativa L. D'AMATI, *Litem deserere*, cit., p. 181 e nt. 16. Per più ampi riferimenti al problema della disposizione dei precetti all'interno della Legge si veda - da ultimo - M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 64-65.

²² Per la restituzione del testo decemvirale si è fatto riferimento a C.G. BRUNS, *Fontes Iuris Romani Antiqui*, 7, I, pp. 17 ss. Il contenuto della norma si è potuto ricostruire - quanto meno negli aspetti qui rilevanti - grazie ad un commento di Porfirione ad una Satira di Orazio (*Sat.*, 1.9.74-77), in cui si rappresenta appunto la scena di una chiamata in giudizio e si riportano esattamente le parole del testo decemvirale a tal fine impiegate: "*Adversarius molestus illius Horatium consulit, an permittit se antestari, iniecta manu extracturus ad praetorem, quod vadimonio non paruerit. De hoc autem lege XII tab his verbis cautum est: Si in ius vocationi tantestaminigitur en capito [...]*".

regola di altra alternativa se non quella di aderire immediatamente alla richiesta e di seguirlo in tribunale (*si in ius vocat, ito*), la quale si presenta in questi termini - per lo meno in astratto - come l'oggetto di uno specifico obbligo facente capo allo stesso. Rispetto all'eventualità che tale obbligo rimanga inadempito e che il convenuto rifiuti pertanto di presentarsi in giudizio (*ni ito*), i successivi versetti della medesima norma definiscono tuttavia una disciplina differenziata e decisamente più complessa. Con una rappresentazione quasi «plastica» delle possibili manifestazioni di siffatto rifiuto, delle quali è facile immaginare una trasposizione drammatica in chiave «teatrale»²³, il testo decemvirale disegna in particolare una precisa successione di comportamenti oppositivi riconducibili al chiamato a cui corrisponde una parallela sequenza di implicazioni negative a carico dello stesso, delineando in tal modo uno «sistema incrociato» delle possibili resistenze opposte alla chiamata in relazione agli strumenti appositamente predisposti per contrastare le stesse. Ciò che ne emerge è la descrizione di una serie di atti e condotte renitenti di crescente intensità, a ciascuna delle quali risulta dedicato nel testo decemvirale un conciso ma eloquente passaggio:

A) Dapprima, viene proposta l'ipotesi - senz'altro non infrequente nella prassi più antica²⁴ - in cui il convenuto che abbia ricevuto un invito a presentarsi in tribunale semplicemente non ottemperi all'intimazione del chiamante e non accetti di seguirlo fino al luogo del giudizio; una situazione, dunque, di generico rifiuto di collaborare alla chiamata priva di ulteriori connotazioni se non quella di impedire - come immediata conseguenza - l'introduzione del giudizio. A fronte di questa generica resistenza da parte del *vocatus*, l'ordinamento più antico prescrive una conseguenza di carattere formale: l'invocazione di testimoni da parte dell'attore che assistano materialmente al conflitto che ne deriva, a cui il testo decemvirale si riferisce - icasticamente

²³ G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio*, cit., p. 12 parla in tal senso di una “drammatica concisione” del precetto decemvirale, che non lascerebbe adito ad alcun dubbio circa la possibilità di un ricorso immediato all'uso della forza in caso di resistenze da parte del convenuto. In senso analogo, L. D'AMATI, *Litem deserere*, cit. p. 181, secondo la quale quello tratteggiato è un “blocco normativo unitario e particolarmente complesso” in cui le condotte delle parti sono “scandite in rapida successione”.

²⁴ Specie in considerazione del fatto che, come si è visto, l'invito a recarsi in tribunale richiedeva di regola l'immediata disponibilità del chiamato a seguire l'attore senza possibilità di dilazioni, esenzioni o rinvii fuori della (limitata) possibilità di fornire un *vindex* onde garantire la successiva comparizione.

- con l'imperativo presente del verbo *antestari* (*antestamino*)²⁵. Ove il convenuto non accetti spontaneamente di prestarsi alla *vocatio* - in altri termini - al vocante insoddisfatto è consentito di richiedere l'assistenza di terzi in qualità di testimoni della resistenza incontrata, rendendo in tal modo manifesta la pretesa giuridica infruttuosamente azionata anche al di fuori del rapporto diretto tra le parti interessate. La chiamata dei testi porta cioè a conoscenza del gruppo sociale l'inottemperanza del convenuto alle formalità della chiamata, con lo scopo manifesto di favorire - da un lato - l'adempimento spontaneo (sia pure tardivo) da parte dello stesso e di richiedere - per altro verso - la legittimazione implicita della comunità interessata ai successivi (e come si vedrà più rigorosi) interventi eventualmente necessari onde costringere il convenuto ad accettare la lite²⁶. Nessuna conseguenza negativa a carico del *vocatus* deriva tuttavia dal ricorso all'*antestatio* in termini di coazione specifica ed immediata della costituzione del processo, posto che la semplice presenza dei testimoni convocati dall'attore non lo costringe di per sé ad accompagnarlo in giudizio ma rende semplicemente pubblico (e quindi socialmente notorio) il suo rifiuto di cooperare alla risoluzione della lite nelle forme del processo; se in alcuni casi tale circostanza sarebbe stata verosimilmente sufficiente a convincere il chiamato ad andare in tribunale, così, in altri egli avrebbe potuto nondimeno perseverare nella sua resistenza, né in tale sede sarebbe stato possibile imporgli in qualche modo di comportarsi altrimenti. Quanto alle concrete modalità di attuazione dell'*antestatio*, il testo decemvirale non fornisce invece indicazioni più precise, ma alla luce del contesto «pubblico» in cui doveva originariamente avvenire la chiamata in giudizio²⁷ è facile immaginare che la

²⁵ In quest'accezione generica, il verbo indica appunto l'atto di chiamare qualcuno in qualità di teste di fatti od eventi, sia nel contesto di un processo in corso che al di fuori di questo. Per un esempio di ricorso alla nozione con riguardo alla difesa processuale Cic., *Pro A. Mil.*, 68. Sull'impiego del termine nelle fonti giuridiche U. MANTHE, *Stilistische Gemeinsamkeiten in den Fachsprachen der Juristen und Auguren der rom. Rep.*, in *Der Stilbegriff in den Altertumswissenschaften*, 1993, p. 72 e nt. 8.

²⁶ In questo senso G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, Torino, 1986, p. 79. Analogamente e per ulteriori riferimenti alle implicazioni dell'*antestatio* G. PUGLIESE, *il processo civile*, cit., p. 254. Secondo G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio*, cit., p. 13, alla presenza dei testimoni nella *vocatio* decemvirale potrebbe attribuirsi in particolare la funzione di "controllare che la violenza fosse contenuta entro i limiti strettamente necessari al raggiungimento dello scopo" di effettuare la chiamata.

²⁷ È quanto si desume - in particolare - dalla disciplina più antica delle formalità dell'azione, la quale precludeva tra le altre cose la possibilità di effettuare l'*in ius vocatio* direttamente nella casa del convenuto o in altro luogo privato (D. 2.4.18: *Plerique putaverunt nullum de domo sua in ius vocari licere, quia domus tutissimus cuique refugium atque receptaculum sit, eumque qui inde in ius vocaret, vim inferre videri*). Sui limiti al potere di esercitare la chiamata e le correlative garanzie in favore del *vocatus* I. BUTI, *Il praetor e le formalità introduttive del processo formulare*, cit., pp. 232 ss.

prima si svolgesse di regola mediante il semplice coinvolgimento dei presenti nel luogo della *vocatio* stessa, ovvero - nell'eventualità in cui questo non risultasse possibile - convocando gli amici o i familiari della parte interessata²⁸.

B) Il testo della legge riferisce poi della facoltà dell'attore di afferrare il convenuto che rifiutasse l'invito a presentarsi in giudizio (...*igitur em capito*), la quale - come indirettamente suggerito dallo stesso impiego dell'avverbio *igitur* - deve intendersi riconosciuta dal versetto decemvirale unicamente a fronte dell'eventuale protrarsi della resistenza iniziale anche a seguito alla precedente *antestatio*²⁹. Qualora il convenuto si opponesse nuovamente (questa volta alla presenza dei testimoni) alla *vocatio in ius* nei suoi confronti proposta, il vocante poteva quindi agire materialmente sulla persona dell'avversario ed esercitare su di esso una pressione materiale, con un gesto di immediata fisicità e di plastica chiarezza diretto evidentemente a comunicare all'avversario l'immediata cogenza della propria pretesa³⁰. Ciò non significa, tuttavia, che il convenuto renitente - una volta materialmente appreso - potesse essere fisicamente trascinato in tribunale e ivi coartato al giudizio contro la sua volontà. Per quanto la reazione così disciplinata fosse notevolmente più grave rispetto a quelle precedenti in quanto connotata dall'impiego della forza (del tutto assente nella fase dell'*antestatio*), non si trattava infatti di un libero esercizio della violenza privata, posto che all'apprensione materiale esercitata sul convenuto non conseguiva qui alcuna costrizione nei confronti dello stesso a rendersi attivo nel processo. Scopo di tale gesto d'imposizione materiale appare dunque essere - più banalmente - la confer-

²⁸ Qualche sommaria indicazione circa le forme dell'*antestatio* per la garanzia della chiamata sembra tra l'altro potersi ricavare dalla rappresentazione di scene con contenuti assimilabili nelle commedie plautine (ad es. *Persa*, 4.9), da cui sembra in effetti emergere l'immagine di un semplice convocazione (sul luogo della chiamata o nelle immediate circostanze) delle persone disposte a testimoniare.

²⁹ Secondo CANNATA, *Violenza fittizia e violenza reale*, cit., p. 168, nt. 15, la punteggiatura tradizionale di questa parte del versetto decemvirale dovrebbe quindi ripensarsi onde adattarla più fedelmente alla descritta successione di atti, alla luce della quale una disposizione più coerente del testo in esame parrebbe essere la seguente: "*Si in ius vocat nī it: antestamīno, igitur em capito...*". Il pronome *em* impiegato nella formula è la variante arcaica di *eum* ed indica quindi il convenuto, oggetto del *capere*.

³⁰ Mancano nondimeno - anche in questo caso - testimonianze sicure in ordine alle forme e alle modalità dell'apprensione. C.A. CANNATA, *Violenza fittizia e violenza reale*, cit., p. 169, immagina che si trattasse di una sorta di "avvertimento minaccioso" reso evidente dalla fisicità dell'azione; "un «seguimi» detto con un gesto che è più di una parola". Quel che è certo è che si è di fronte, come in molti altri casi, ad una forma di violenza controllata in forma rituale sviluppatasi verosimilmente a partire da una precedente situazione di autotutela privata socialmente mitigata (Sul punto - più in generale - R. SANTORO, *Potere e azione nell'antico diritto romano*, Palermo, 1967, *passim*).

ma e il rafforzamento (mediante il ricorso simbolico all'uso della forza) delle cautele già predisposte con la chiamata dei testimoni, vale a dire un ulteriore incentivo alla cooperazione spontanea, associato questa volta all'ammonizione (fisica) che dal rifiuto potrebbero derivare conseguenze ben più gravi in termini di esercizio di una coazione personale³¹. Non dunque la soddisfazione immediata (e specifica) dell'interesse dell'attore (e della comunità) alla regolare instaurazione del giudizio, bensì - ancora una volta - una forma di coazione «indiretta» della volontà del convenuto volta a favorirne la collaborazione spontanea e a predisporre il campo per eventuali (e più onerose) implicazioni successive; con la differenza che in questa fase queste ultime sono rese più plausibili dall'apprensione fisica del soggetto inadempiente.

C) L'ultima situazione sommariamente rappresentata nel frammento decemvirale riportato in apertura, infine, è quella del convenuto che, pur essendo stato formalmente chiamato alla presenza di testimoni ed eventualmente assoggettato dall'attore alla descritta apprensione, persista cionondimeno nella sua resistenza e si rifiuti - ancora una volta - di recarsi in tribunale. A questo proposito, il testo del provvedimento decemvirale individua espressamente - con quella che è stata descritta come una "concretezza drammatica finanche sceneggiata"³² - due distinte modalità con le quali tale «estrema» resistenza da parte del *vocatus* può in concreto manifestarsi all'interno del processo, a loro volta disposte in una sorta di successione crescente in termini di gravità della condotta oppositiva: da un lato, il comportamento laconicamente identificato dal verbo *calvitur* e non altrimenti qualificato; dall'altro, il *pedemve struere* con cui sembra individuarsi una condotta più grave ed alternativa alla prima³³. Pur essendo ovviamente difficile ricostruire con precisione il significato originario delle

³¹ G. NICOSIA, *Processo privato*, cit., p. 79 si riferisce in tal senso ad un'attività volta a "cominciare a fermarlo materialmente e fisicamente" in vista di successive conseguenze. In termini C.A. CANNATA, *Violenza fittizia e violenza reale*, cit., p. 169. Il fatto che non si trattasse ancora di una violenza immediata nei confronti del *vocatus* è testimoniato del resto dall'impiego in questa fase del verbo *capere* (prendere), laddove la vera e propria apprensione fisica con intenti soddisfattivi diretti sarà successivamente espressa con la locuzione tecnica *manus inicere*. Sulla contrapposizione tra i due termini si veda anche G. PUGLIESE, *Il processo civile*, cit., p. 254 e nt 58. Sulla *manus iniectio* cfr. *infra sub lett. C*).

³² A. CARCATERA, *Sei kalvitur pedemve struit, manum endo iacito (significato superficiale / significato profondo)*, in *SDHI*, 41 (1975), pp. 159 ss., il quale descrive più generale l'intera sequenza delle ipotesi di resistenza tratteggiate dalla legge come la successione delle scene di "un dramma che precipita", oltre a mettere in evidenza come la forma e la stessa struttura linguistica dei versetti decemvirali contribuisca efficacemente a rendere la crescente gravità e drammaticità delle situazioni descritte.

³³ La particella enclitica «ve» associata all'espressione assume infatti una valenza disgiuntiva.

espressioni utilizzate nella lingua dei decemviri³⁴, può tentarsi se non altro di abbozzarne la portata e l'autonomo contenuto in relazione alle condotte dei due passaggi precedenti. Con particolare riferimento all'espressione *calvitur* impiegata nel testo per definire la prima delle condotte menzionate, viene notoriamente in aiuto un breve frammento del commentario di Gaio alle XII Tavole, in cui il giurista si sofferma sulla nozione in oggetto e ne chiarisce il significato nel contesto del processo:

D. 50.16.233.pr. (Gai. 1 *ad leg. XII Tab.*)

*"SI CALVITUR": et moretur et frustretur. Inde et calumniatores appellati sunt, quia per fraudem et frustrationem alios vexarent litibus: inde et cavillatio dicta est.*³⁵

Nella breve precisazione fornitaci da Gaio, l'oscura formulazione del versetto decemvirale viene sciolta evidenziando come il termine *calvitur* in quella sede impiegato possa essere reso - con espressione più attuale - attraverso l'endiadi *et moretur et frustretur*, nella quale sono evidentemente associate e collegate tra loro la condotta dilatoria di chi ritardi o perda tempo (*morari*, che peraltro significa anche - più generale - «ostacolare») e quella di chi illuda o voglia trarre in inganno (*frustrari*), laddove la correlazione tra il *moretur* e il *frustretur* e la maggiore gravità di quest'ultimo (che peraltro significa - a sua volta - anche procrastinare o rinviare³⁶) è ben espressa dalla ripetizione dell'*et* che collega tra di loro le due espressioni utilizzate³⁷. Coerentemente con la descritta accezione del verbo *calvitur* (che ricomprende dunque tanto l'inganno quanto il ritardo fraudolento), il giurista fornisce quindi una sommaria definizione delle parti processuali che di tali condotte si rendono responsabili (i *calum-*

³⁴ Sulle obiettive difficoltà di risalire all'esatto contenuto delle nozioni impiegate nell'enigmatica formulazione decemvirale si veda ancora A. CARCATERRA, *Sei kalvitur pedemve struit*, cit., p. 171.

³⁵ Per la tendenziale genuinità del frammento si rinvia D.A. CENTOLA, *La disciplina della condotta vessatoria delle parti nel processo civile romano*, in *TSDP*, 5 (2012), p. 14 e nt. 26.

³⁶ A. WALDE, J.B. HOFFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg, 1938, p. 543 (rist. 1982); Plaut., *Bacch.*, III.6.545-350. Di tale accezione si trova frequentemente traccia anche nelle fonti giuridiche; si veda ad es. D. 4.6.26.6 (Ulp. 12 *ad Ed.*): "*Et adicitur: "Sine dolo malo ipsius", videlicet ut, si dolus eius intervenit, ne ei succurratur: ipsis enim delinquentibus praetor non subvenit. Proinde si, dum vult apud sequentem praetorem agere, tempus frustratus est, non ei subvenietur [...]*". In tema v. anche H. HEUMANN - E. SECKEL, voce "*frustratio*", in *Handlexikon des römischen Rechts*, Jena, 1884. Sull'etimologia di *morari* e dei suoi derivati v. E. FORCELLINI, *Totius Latinitatis Lexicon*, Padova, 1926 (rist. 1965), pp. 291 ss.: "[...] *Neutrorum more est cunctari, tardare, moram interponere, cessare...saepissime usurpatum pro detinere, retardare, moram et impedimentum afferre*".

³⁷ In T. MOMMSEN, P. KRÜGER, *Corpus Iuris Civilis*, I, 23 Ed., Berlin, 1963 si propone l'eliminazione del primo «*et*», oltre alla sostituzione del successivo «*quia*» in funzione causale con il relativo «*qui*».

niatores), precisando che questi ultimi sono coloro che si comportano con finalità vessatoria nel contesto del processo ([...] *qui<a> per fraudem et frustrationem alios vexarent litibus*): espressioni che riprendono evidentemente quelle impiegate dallo stesso Gaio nel quarto libro del suo manuale con specifico riferimento alla *calumnia* dell'attore³⁸. Segue infine - nel resoconto gaiano - una sorta di spiegazione etimologica del termine *cavillatio* che egli sottintende frequentemente impiegato allo scopo di riferirsi alle descritte attività, il quale viene a sua volta accostato alla nozione di *calumnia* appena definita e ricondotto pertanto alla medesima radice dell'espressione decemvirale, cosicché quest'ultima appare riferita, ancor più chiaramente, all'attività di un soggetto che - con volontà fraudolenta - tragga in inganno il suo avversario³⁹. Il primo dei due termini impiegati dalla legge per definire la forma più estrema di resistenza del convenuto può quindi considerarsi riferito - per lo meno a grandi linee - alla condotta di chi, formalmente chiamato in giudizio dal proprio avversario, non solo si rifiuti di prestarsi immediatamente alla chiamata ricevuta ma ne ritardi volontariamente l'attuazione con comportamenti fraudolenti e ingannatori scientemente rivolti a frustrare l'interesse perseguito dall'attore. Si tratta cioè di una resistenza radicale soprattutto sotto il profilo soggettivo, caratterizzata da una specifica volontà della parte resistente di ostacolare il giudizio contro di essa proposto, la quale si manifesta in concreto mediante comportamenti dolosi appositamente preordinati allo scopo di rendere vano - con qualsiasi mezzo - l'intento dell'attore di costituire un processo. Oggetto specifico del *calvitur* decemvirale, così, è l'atteggiamento dilatorio del convenuto (*calumniator*) che tenti con l'inganno di sottrarsi alla lite, nel quale la mancata cooperazione alla chiamata in giudizio non si arresta più - semplicemente - ad un rifiuto «passivo» di presentarsi in tribunale, ma si sostanzia nell'attuazione di veri e propri artifici e raggiri ad opera del *vocatus* (che menta, inganni, accampi scuse, e via

³⁸ Si rinvia in proposito ai §§ 4.1.2 ss. del precedente capitolo. Nel senso di una continuità tra il passo istituzionale e le considerazioni sul concetto di *calumnia* delle XII Tavole si esprime anche D.A. CENTOLA, *La disciplina della condotta vessatoria nel processo romano*, cit., p. 10 ss. (e specialmente p. 27 ss.). Analogamente G. NICOSIA, *Situazioni di responsabilità nella regolamentazione decemvirale dell'agere*, in *Forme di responsabilità in età decemvirale*, Napoli, 2008, p. 104 ss.

³⁹ L'accostamento è esplicito anche in *Fest. (Paul.)*, voce "*cavillatio*" (l. 39): "*cavillatio est iocosa calumniatio*", ove l'aggettivo *iocosa* non indica evidentemente la dimensione positiva del gioco o dello scherzo quanto piuttosto un raggio fraudolento. Sul punto D.A. CENTOLA, *La disciplina della condotta vessatoria*, cit., p. 19. Tale accezione di *cavillatio* si conserva del resto ancora nell'uso comune dei termini italiani «cavillo», «cavilloso» e derivati per indicare attività pretestuosamente maliziose.

dicendo...) con l'intento di impedire - con modalità fraudolente - la possibilità stessa che si intraprenda un contenzioso che lo veda coinvolto quale soggetto passivo⁴⁰.

Almeno in parte più agevole appare invece la ricostruzione del secondo dei due termini impiegati dalla legge nella suddetta dicotomia (*pedemve struit*), posto che in tal caso il testo decemvirale sembra rappresentare plasticamente la stessa attività in cui si concretizza il comportamento interessato. Letteralmente, l'espressione *pedem* (o *pedes*) *struere* altro non indica che il gesto materiale di puntare i piedi per mantenere la posizione, vale a dire il comportamento testardo e manifestamente riluttante di chi «si impunti», rimanga saldo al terreno e non si lasci smuovere dal luogo in cui si trova⁴¹. Al di là del significato superficiale (e ovviamente metaforico) dell'immagine impiegata, può quindi ritenersi che l'espressione scelta dal legislatore decemvirale alluda a quelle situazioni - di particolare gravità - nelle quali il convenuto, dopo aver rifiutato l'invito verbale intimatogli dall'attore, si contrapponga - anche fisicamente - all'intenzione di convocarlo, reagendo mediante l'uso della forza (attiva o passiva) ad ogni tentativo di costrizione immediata diretto alla sua persona (primo fra tutti - come appare plausibile - la suddetta apprensione nelle forme del *capere*)⁴². Bisogna cioè immaginarsi un convenuto irrequieto che, a fronte del pericolo concreto di essere condotto in giudizio (contro la sua volontà), scalpiti, scalci, si agiti e divenga smanioso fino al punto di impiegare la forza per difendersi dall'attore o dai suoi testimoni, manifestando in tal senso la forma più diretta, esplicita e radicale di opposizione alla chiamata. Un'opposizione che appare anzi - per certi aspetti - ancora più drastica di quella (sopra richiamata) attuata nelle forme del *calvitur* processuale, al quale è

⁴⁰ Secondo A. CARCATERRA, *Sei kalvitur*, cit., p. 195, il significato metaforico di Tab. 1.2 con riferimento a questo specifico termine potrebbe quindi rendersi nel modo seguente: "Là dove (*Sei*) come un mimo va cavillando con argomenti di lana caprina (*calvitur*), gli getterà la mano addosso".

⁴¹ A. ERNOUT, A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique*, cit., p. 657, il quale riporta invero soltanto il significato immediato di accumulare, affastellare; A. WALDE, J.B. HOFFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, cit., p. 607. Più ampi riferimenti in A. CARCATERRA, *Sei kalvitur*, cit., p. 175 ss.

⁴² *Fest.*, l. 408.3: "*Struere antiqui dicebant pro adicere augere...alii putant significare retrorsus ire: ali in aliam partem; ali fugere; ali gradum augere; ali minuire; ac vix pedem pedi praefert, otiose it, remoratur*". Appare in questo senso parzialmente incoerente con il significato del testo la lettura tradizionale per cui l'espressione indicherebbe più genericamente l'attività di chi fugge (v. ad es.: P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, Milano, 1934, p. 151: "se tenta di sottrarsi e muove il piede"), posto che tale accezione significa invero esattamente l'opposto di ciò che il testo decemvirale sembra voler rappresentare (ossia il puntare i piedi, l'opporsi fisicamente, il recalcitrare insistente). Sul punto si veda ancora una volta A. CARCATERRA, *Sei kalvitur*, cit., p. 173 ss. e la letteratura ivi citata.

senz'altro accomunata dalla consapevolezza fraudolenta di sottrarsi al giudizio, ma rispetto al quale risulta estremizzata dalla circostanza che il *vocatus* reagisca fisicamente, la quale rende palese ed ormai incontestabile la sua indisponibilità a una cooperazione spontanea. Sia l'una che l'altra delle fattispecie descritte, ad ogni modo, appare identificata in via principale proprio dal carattere volontario e consapevole della resistenza inscenata: più sottile e indiretta nel caso «ordinario» del convenuto *qui calvitur*; più immediata e manifesta in quello (ulteriore) della resistenza fisica nei confronti dell'attore. Ciò che contribuisce, da un lato, a qualificare reciprocamente le due fattispecie e, dall'altro, a tenerle (congiuntamente) distinte dalle diverse e più blande forme di resistenza alla chiamata di cui si è detto nei precedenti paragrafi⁴³.

In ambedue le situazioni in tal modo rappresentate dalla norma decemvirale, la reazione prescritta nel processo più antico è tanto severa quanto ineluttabile: non soltanto, infatti, all'attore è consentito di mantenere la supremazia fisica sulla persona del convenuto già incominciata nella fase precedente (mediante il *capere* dinanzi ai testimoni), ma addirittura di condurla alle sue estreme conseguenze infrangendo materialmente la resistenza dello stesso e trascinandolo a forza dinanzi al magistrato (conseguenza radicale espressa dalla legge con la formula lapidaria *manum endo iacito*⁴⁴). Mentre nelle due fasi precedenti, come si è visto, l'opposizione del *vocatus* (pur ponendo legittimare una violenza simbolica) non conduceva mai a una coazione diretta nei confronti dello stesso, di fronte all'ostruzionismo manifesto o alla resistenza in forma fisica l'ordinamento consentiva in altri termini alla parte interessata di disporre materialmente dell'avversario renitente, intervenendo in modo immediato sulla persona del convenuto onde costringerlo attivamente ad attuare la chiamata. Il che avviene appunto, secondo la concisa ma emblematica formulazione della legge,

⁴³ Per ulteriori riferimenti alla distinzione concettuale fra le condotte in esame in esame e quelle caratteristiche dei momenti precedenti si veda anche E. COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, 1918, p. 10, nt. 2, nonché nt. 1 (per alcune conferme in tal senso nella satira di Plauto). Più in generale sulle indicazioni ricavabili dalle commedie plautine quanto al regime decemvirale della *in ius vocatio* v. U.E. PAOLI, *La "in ius vocatio" dans les comédies de Plaute*, in *Studi Senesi*, 63, p. 283 ss.

⁴⁴ Sul significato dell'espressione e i suoi rapporti con il valore della gestualità della *manus* nella cultura giuridica arcaica v. E. VOLTERRA, voce "*Manus*", in *NNDI*, X, Milano, 1968, p. 198 ss. Per alcune raffigurazioni concrete dell'attività corrispondente alla gestualità in esame nelle opere letterarie si veda Plaut., *Poen.*, 790: "...optorto collo ad praetorem trahor", nonché Cic., *Pro Cluent.*, 59. Sul punto A. CARCATERA, *Si kalvitur*, cit., p. 200.

«mettendo le mani addosso» alla parte recalcitrante, con espressione che sembra evocare (almeno in astratto) quella impiegata all'esito del giudizio per l'esercizio delle procedure esecutive nella forma più arcaica della *legis actio per manus iniectioem*⁴⁵. In mancanza di indicazioni più sicure circa i caratteri dell'apprensione personale e i suoi effetti concreti nei confronti dell'avversario, in verità, è ampiamente dibattuto - nella dottrina romanistica - quale natura debba riconoscersi al medesimo strumento sotto il profilo formale della struttura del rimedio, e in particolare se il *manum endo iacito* della formula decemvirale rinvi genericamente all'omonima *legis actio* con funzione esecutiva (come sembrerebbe suggerito dall'impiego delle parole *manum inicere* da parte della legge) ovvero corrisponda a un'autonoma figura di *manus iniectio*, sprovvista in quanto tale di immediate e più specifiche implicazioni esecutive⁴⁶. Per quanto lo strumento di cui trattasi condivida evidentemente con la richiamata *legis actio* il ricorso diretto alla violenza fisica sulla persona del convenuto, vista la natura stragiudiziale delle finalità coattive dallo esso perseguite, appare invero assai attendibile che lo stesso non potesse condurre *sic et simpliciter* a un'esecuzione personale nei confronti del *vocatus*⁴⁷, ma servisse unicamente (e prioritariamente) a garan-

⁴⁵ Per l'ordinario impiego della *l.a. per manus iniectioem* quale strumento processuale di esecuzione forzata si vedano tra gli altri M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 131 ss.; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, cit., p. 35 ss.; M. TALAMANCA, voce "Processo civile (dir. romano)", in *Enc. Dir.*, cit., p. 9 ss.; H. KLEINER, *Die Personalexekution der XII Tafeln*, 1904.

⁴⁶ La tesi della sostanziale autonomia della *manus iniectio* nei confronti del *vocatus* rispetto alle forme ordinarie della tutela esecutiva risale in particolare al NOAILLES, *L'auctoritas dans la loi des Douze Tables*, in *Fas et Ius*, Paris, 1948, specie p. 169 ss. Fondamentalmente equivalente la posizione di O. BEHREND, *Der Zwölf-tafelprozess*, cit., p. 42 ss., il quale aggiunge soltanto che tale valenza tecnica della formula decemvirale apparirebbe confermata anche dall'analogo ricorso alle procedure esecutive contro il latitante in età formulare (su cui *infra* § 3). In senso contrario si è espresso per primo il LEVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, cit., p. 163 ss., alle cui tesi hanno aderito - tra gli altri - LUZZATTO, *Le legis actiones*, p. 26 ss. e NICOSIA, *Il processo privato romano*, cit., p. 77 e 90 ss., specie sul presupposto che in questa fase antecedente al giudizio ancora non sussistevano i presupposti di certezza e incontrovertibilità della lite che giustificavano - nel regime più antico della *manus iniectio* - la *secum ductio* dell'avversario convenuto. Così anche M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 67, ove si osserva tra le altre cose che - a differenza di altri casi di ricorso immediato alla *m.i.* - l'impiego della stessa nei confronti del *vocatus* "nicht als *legis actio* bezeichnet wird". Una posizione per certi versi intermedia è espressa in proposito da G. PUGLIESE, *Il processo privato romano*, I, cit., p. 254 e nt. 60, laddove si afferma in particolare che, pur non trattandosi in questi casi di un'autonoma forma di *manus iniectio*, "non si trattava nemmeno dell'applicazione della normale *manus iniectio* contro il *iudicatus* o contro il *confessus*", quanto piuttosto e più semplicemente di un impiego parziale e specializzato della prima parte della formula di quell'azione di legge. In senso analogo C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, cit., p. 88 ss.

⁴⁷ Sembra concludere in questo senso, nonostante alcune incertezze precedentemente manifestate, anche C.A. CANNATA, *Violenza fittizia e violenza reale*, cit., p. 169, secondo il quale "la formula delle XII tavole non consente di dubitare che la forza impiegata a questo punto dal *vocatus* sia quella della *ma-*

tire la presenza di quest'ultimo dinanzi al magistrato, consentendo all'attore di condurlo a forza nel luogo del giudizio (eventualmente assistito dai testimoni già presenti) e di assicurare in tal modo che il processo possa svolgersi nonostante la resistenza - non altrimenti superabile - opposta dall'intimato. Il che non significa necessariamente concludere, come vorrebbero alcuni, che a tale impiego della coazione fisica nei confronti del *vocatus* corrispondesse una formula autonoma e strutturalmente distinta dalla *manus iniectio* con funzione esecutiva⁴⁸, ma più semplicemente che nella fase introduttiva del giudizio taluni aspetti di quella *legis actio* (tra cui, appunto, il ricorso immediato alla violenza personale) appaiono impiegati allo scopo specifico, e quindi indipendente dalle finalità esecutive, di assicurare la possibilità stessa dell'instaurazione della lite di fronte alla eventuale resistenza manifestata dal convenuto⁴⁹. Quel che è certo - ad ogni modo - è che il ricorso al *manum inicere* previsto in questi casi dalla norma decemvirale equivale nella sostanza al riconoscimento - a vantaggio all'attore - di un potere diretto e non condizionato da precedenti accertamenti (e in questo senso si «para-esecutivo») di forzare l'avversario dimostratosi renitente a soddisfare senza ulteriore ritardo il suo interesse immediato alla costituzione del giudizio. Il che può avvenire - laddove necessario - nelle forme dirette e giuridicamente incontrollate di una coazione personale mediante l'uso della forza. Dopo il fallimento dei precedenti tentativi di favorire l'adempimento spontaneo in una forma pacifica (attraverso l'*antestatio* e la violenza simbolica) e di fronte alla particolare intensità del rifiuto del convenuto che *calvitur* e/o *pedem struit*, l'ordinamento autorizza in altri termini la parte insoddisfatta ad agire personalmente e senza pubblico controllo per la sua soddisfazione, legittimando in tal senso una sorta di «regresso eventuale» all'autodifesa privata che si giustifica evidentemente per l'impossibilità di assicurare altrimenti l'instaurazione della lite senza il coinvolgimento del soggetto interessato⁵⁰.

nus iniectio, cioè che, per effetto della norma che stiamo esaminando, la resistenza dell'intimato trasformi l'*in ius vocatio* in *manus iniectio*, intendo precisamente dire nella *l.a. per manus iniectioem*".

⁴⁸ Per la quale si è parlato, in tal senso, di una *manus iniectio* «vocati» al fine di distinguerla dalle figure ordinarie di *m.i.* con funzione esecutiva. Per un'ipotesi nel senso di un'origine comune delle diverse ipotesi di *manum inicere*, rispetto a cui l'omonima *l.a.* si sarebbe progressivamente distinta in funzione specificatamente esecutiva v. M. TALAMANCA, voce "*Processo civile*" cit., p. 11 ss. e nt. 81.

⁴⁹ In questo senso può rinviarsi anche alle più diffuse ed articolate considerazioni sul punto in I. BUTI, *Il praetor e le formalità introduttive del processo formulare*, cit., pp. 253-254 (spec. nt. 104).

⁵⁰ In questo senso C.A. CANNATA, *Violenza fittizia e violenza reale*, cit, p. 269, il quale parla a tal proposito di un sostanziale abbandono della *in ius vocatio* "in quanto esaurita con esito negativo", ad in-

Una soluzione estrema che - alla luce delle finalità compositive dello strumento processuale - può apparire contraddittoria (financo in un sistema - come quello delle *legis actiones* - in cui il confine fra esecuzione e cognizione era ancora tendenziale⁵¹), ma che si spiega a ben vedere alla luce della stessa essenzialità del contraddittorio in quel regime processuale, tale da giustificare, nei casi limite in cui ciò non sia possibile in una forma diversa, anche un ripristino «parziale» dell'autotutela privata diretto ad ottenere in forma coattiva la collaborazione richiesta⁵². Senza contare che la reiterata e manifesta resistenza del convenuto alla pacifica composizione del conflitto nelle forme del processo (peraltro realizzata pubblicamente alla presenza dei testi) deve aver reso in qualche misura evidente la consapevolezza dello stesso in ordine alla fondatezza della pretesa azionata, la quale assumeva di conseguenza un grado di certezza e di notorietà tali da motivare un accesso immediato all'esecuzione personale⁵³. Per le stesse ragioni deve inoltre ritenersi che sia in questa sede, ossia di fronte alla effettiva coazione fisica esercitata dall'attore per trascinare in giudizio il convenuto recalcitrante, che poteva eventualmente collocarsi il già richiamato intervento di un *vindex* in favore di quest'ultimo, il quale poteva quindi interrompere la *manus iniectio* nei confronti del *vocatus* e liberarlo in tal modo dal vincolo personale a questo fine instaurato, accettando tuttavia al tempo stesso di assumere su di sé (a titolo personale) le conseguenze negative di un esito del giudizio eventualmente sfavorevole⁵⁴.

dicare appunto che il ricorso eccezionale alla *manus iniectio* nei confronti del *vocatus* si giustifica in ragione della comprovata infruttuosità dei precedenti meccanismi (rituali) di garanzia della chiamata.

⁵¹ Per la connotazione marcatamente esecutiva del processo romano più antico e la conseguente emergenza di forme eventuali di ricorso all'autotutela privata in quel modello processuale si rimanda - in generale - a G. LUZZATTO, *Von der Selbsthilfe zum römischen Prozess*, in ZSS, 73 (1956), pp. 54 ss., nonché a G. PROVERA, *Diritto ed Azione nell'esperienza romana*, cit., pp. 3 ss. Sulla conseguente assenza - nel processo delle origini - di mezzi pubblicistici diretti per l'introduzione del giudizio o per l'esecuzione dei suoi esiti A. KOCOUREK, *The formula procedure of Roman Law*, p. 347.

⁵² C.A. CANNATA, *op. ult. cit.*, p. 170: "il tentativo (pubblico) del *vocatus* di sottrarsi al processo di accertamento della causa è sufficiente ad attribuire alla stessa una presunzione di fondatezza che permette l'esecuzione". Considerazioni analoghe in A. DE FRANCESCO, *Autodifesa privata e iniuria nelle XII Tavole*, in M. HUMBERT, *Le Dodici Tavole - Dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia, 2005, pp. 418 ss.

⁵³ Ciò che avvicinerebbe in effetti il meccanismo in esame alle ipotesi «ordinarie» di ricorso alla *manus iniectio* con finalità esecutiva. Alcuni spunti in tal senso in G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, cit., p. 91, il quale giudica anzi il rifiuto di ingaggiare la contesa "in sostanza non molto dissimile da una *confessio*" come quella che legittima la relativa *m.i.* Sul valore specificamente sanzionatorio di questa forma di «esecuzione» personale v. anche B. ALBANESE, voce "*illicito*", cit., p. 50 ss.

⁵⁴ Di tale regime si trova ancora una testimonianza in D. 2.4.22.1 (Gai. 1 *ad XII Tab.*): *Qui in ius vocatus est, duobus casibus dimittendus est: si quis eius personam defendet, et si, dum in ius venit, de*

2.2. Il sistema delle sanzioni decemvirali: gradualità e adeguatezza

Alla luce di quanto finora osservato (seppur nei limiti inevitabilmente circoscritti che sono stati consentiti dalla più ampia portata del presente lavoro), le forme di garanzia dell'introduzione del giudizio nel più antico processo *per legis actiones* appaiono dunque assai più complesse e strutturalmente articolate di quanto l'arcaico semplicità di quelle forme di azione avrebbe potuto suggerire. Non soltanto, infatti, si è potuta individuare in quell'esperienza processuale - o meglio nell'immagine di essa che ci viene restituita dalle XII Tavole - una disciplina specificamente preposta all'attuazione stragiudiziale di siffatto interesse, ma quest'ultima è risultata precisamente organizzata in un sistema coerente e teleologicamente efficace, idoneo cioè a tener conto della varietà delle possibili situazioni impeditive del giudizio e della correlativa necessità di predisporre - per ciascuna di esse - una risposta adeguata. Non dunque un unico rimedio diretto a far fronte a qualsivoglia comportamento disfunzionale all'introduzione della lite, bensì una pluralità di strumenti tra di loro differenziati che reagiscono diversamente alle singole ipotesi di mancata cooperazione. Ciò che si è reso in effetti manifesto - nel corso dell'indagine - in una duplice accezione: da un lato, nel senso di una disposizione «temporale» dei diversi rimedi volta a far fronte in modo sequenziale alla parallela successione dei comportamenti oppositivi tenuti dal convenuto per sottrarsi al giudizio; dall'altro, nella forma di una gradazione «qualitativa» degli stessi rimedi (e delle loro conseguenze) a seconda della diversa gravità delle condotte poste in essere rispetto all'interesse di introdurre il processo. Sotto il primo profilo, si è visto come ai singoli momenti della possibile resistenza del convenuto alla chiamata dell'attore (realizzata nelle forme verbali dell'antica *in ius vocatio*) corrispondano altrettanti momenti di reazione giuridica dell'ordinamento processuale: di fronte alla semplice inerzia nel momento della *vocatio*, così, è prevista la cerimonia di rilevanza sociale della chiamata di testimoni convenuti dall'attore, a cui segue - in caso di ulteriore resistenza alla presenza agli stessi (già presenti sul luogo) - l'apprensione materiale della persona del *vocatus*; a sua volta seguita - sem-

re transactum fuerit. Sulla differente posizione di questo *vindex* rispetto a quello che interviene nella procedura esecutiva conseguente al giudizio v. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 66-67.

pre alla presenza dei testi e dopo l'imposizione del vincolo fisico - dalla vera e propria coazione personale per il caso in cui il suddetto rifiuto si protragga ulteriormente. Dal punto di vista delle diverse conseguenze dei rimedi indicati in termini di gravità dal punto di vista del *vocatur*, si è invece evidenziato come il testo decemvirale sembri disegnare - rispetto agli stessi - una precisa ed incisiva «gradazione crescente»: dalla conseguenza meno grave (e di per sé sprovvista di implicazioni immediate) della «pubblicizzazione» del rifiuto con la chiamata dei testi, nel caso più banale della semplice resistenza alla *vocatio* verbale; a quella - intermedia - della violenza simbolica (ma non ancora effettiva) a fronte dell'ulteriore resistenza dinanzi ai testimoni; fino a quella - radicale ed assoluta - dell'impiego diretto della violenza privata previsto per l'ipotesi di consapevole inganno o di opposizione violenta. In una sorta di «*climax* ascendente» nel quale si transita poco alla volta dall'estremo inferiore della scala sanzionatoria (rappresentato dalla semplice constatazione del rifiuto volta ad incentivarne il superamento spontaneo), fino a quello superiore dell'assoggettamento del convenuto alla libera autotutela dell'avversario insoddisfatto (con cui sono quindi sanzionate le forme più gravi di ostruzionismo reiterato e manifesto a fronte delle quali appare possibile altra forma di reazione), passando per il gradino «intermedio» dell'esercizio di una forza di carattere rituale nel caso delle condotte manifestamente renitenti ma non ancora o non del tutto apertamente ostruzionistiche (tali cioè da non giustificare il radicale impiego della violenza privata che viene tuttavia «preparato» dal gesto simbolico)⁵⁵. Questo dunque - sotto forma di tabella - lo schema dei possibili rapporti tra i comportamenti considerati e le relative sanzioni:

⁵⁵ Di una «graduazione dell'attività di parte volta a realizzare, anche coattivamente, la *in ius vocatio*» introduttiva del processo si parla anche - con analoghe conclusioni - in G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., pp. 79 ss., ove si evidenzia in particolare come l'ultimo atto della successione di eventi disegnati in tal senso dal precetto decemvirale (ossia il *manum endo iacito* del convenuto recalcitrante) rappresenti l'«estremo rimedio» a cui si ricorre esclusivamente ove le altre forme di reazione processuale abbiano fallito nello scopo di garantire la *vocatio*, e così specialmente a fronte della inefficacia del precedente *capere*, che «pure è già un'apprensione fisica» della parte resistente.

«GRAVITA DELLA CONDOTTA»	- CONDOTTA -	- SANZIONE -	«GRAVITA DELLA SANZIONE»
	Inerzia generica (<i>ni it</i>)	Pubblicizzazione del conflitto (<i>antestatio</i>)	
	Rifiuto pubblico (difronte ai testimoni)	Immobilizzazione simbolica (<i>capito</i>)	
	Ostruzionismo fisico o morale (<i>si calvitur pedemve struit</i>)	Esercizio autorizzato dell'autodifesa privata (<i>manus iniectio</i>)	

In conclusione può pertanto osservarsi che, nell'originaria procedura delle *legis actiones* il complesso dei rimedi volti ad assicurare la regolarità del giudizio nella sua fase introduttiva si coordinano tra loro, come icasticamente messo in luce dallo schema decemvirale, a formare un meccanismo complessivamente unitario ed efficacemente bilanciato, all'interno del quale le singole sanzioni intervengono soltanto quando si rendono necessarie e risultano commisurate - in maniera progressiva - alla gravità della condotta che esse devono contrastare. Ad essere considerati dal sistema rimediabile in tal modo predisposto - di conseguenza - sono non soltanto le differenti forme con le quali il convenuto può in concreto impedire il successo della chiamata, ma anche il livello (variabile) di pericolosità delle stesse per la corretta instaurazione del rapporto processuale, nonché - e non da ultimo - la diversa valenza di volta in volta assunta dall'atteggiamento soggettivo della parte resistente, a sua volta determinante nell'individuazione del tipo e dell'entità della sanzione concretamente applicabile (tanto più grave quanto più la condotta resistente appaia determinata da ragioni vessatorie o *lato sensu* dolose)⁵⁶. Quella che ne emerge, pertanto, è una struttura

⁵⁶ Una conferma indiretta di tale rilevanza dell'elemento soggettivo rispetto all'applicazione dei rimedi strumentali all'introduzione del giudizio sembra del resto derivare dall'ulteriore disposizione di cui all'ultima parte del frammento decemvirale richiamato in apertura (Tab. 1.3), nella quale si stabilisce che al convenuto che non possa recarsi in tribunale perché impedito dall'età o da una condizione patologica (SI MORBUS AEVITASVE VITIUM ESCIT) il *vocans* è tenuto ad assicurare un mezzo di trasporto affinché lo stesso possa adempiere alla chiamata. A testimonianza, appunto, che il rifiuto incol-

normativa fortemente specializzata e al tempo stesso differenziata in maniera specifica in rapporto alle esigenze concretamente perseguite in questa fase del giudizio, vale a dire un insieme di garanzie appositamente predisposte allo scopo di assicurare la necessità imprescindibile della compresenza delle parti dinanzi al magistrato in funzione giurisdicente, favorendo (e se del caso imponendo) - con strumenti commisurati alla natura e all'intensità delle resistenze incontrate - l'indispensabile collaborazione dalla parte convenuta alla *vocatio in ius* nei suoi confronti proposta.

3. Le garanzie relative all'introduzione del giudizio nel processo per formulas

Passando ora ad esaminare, come annunciato in apertura, i meccanismi preposti alla regolarità del processo nelle sue fasi introduttive entro il diverso contesto della procedura *per formulas*, deve anzitutto osservarsi come la collaborazione delle parti allo svolgimento del giudizio conservi ancora - nell'ambito di questa - la stessa rilevanza che essa manifestava, secondo quanto si è visto, nella procedura più antica. Nonostante i caratteri per molti aspetti innovativi del processo più recente rispetto ai rigidi schemi delle *legis actiones* (sui quali esso si è innestato per iniziativa del pretore⁵⁷), quel modello processuale continua infatti a presentarsi - nei suoi tratti essenziali - come una procedura di natura essenzialmente privatistica e saldamente incentrata sull'iniziativa delle parti; caratterizzata cioè da un costante ed imprescindibile contraddittorio tra le stesse e da un ruolo tutto sommato marginale dei pubblici poteri, nei quali può anzi identificarsi (come una parte della dottrina non ha mancato di evidenziare) uno degli elementi più rilevanti di continuità storica tra l'antico modello delle *legis actiones* e il più efficiente sistema incentrato sulle *formulae*⁵⁸. Una conti-

pevole da parte del *vocatus* di prestarsi al giudizio non determina di regola conseguenze negative, e che le restanti previsioni del precetto decenvirale si limitano pertanto a sanzionare condotte più o meno riconducibili a una resistenza intenzionale. Sul punto si veda anche O. BEHREND, *Das Zwölftafelprozess*, cit., p. 46 ss.; M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 65 e nt. 16.

⁵⁷ Sul problema delle origini della procedura *per formulas* e per le peculiarità di quest'ultima rispetto alle più antiche strutture delle *legis actiones* può rinviarsi in generale a KASER, *op. ult. cit.*, pp. 151 ss.

⁵⁸ Così - tra gli altri - G. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, cit., p. 198 ss.; I. BUTI, *Il praetor e le formalità introduttive del processo formulare*, cit. p. 191 ss.; E. CORTESE, voce "*Contumacia (diritto romano)*", in *Enc. Dir.*, cit., p. 448; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo romano*, cit., p. 136 ss.; G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, cit., p. 85; ove si osserva assai efficacemente che "[il contraddittorio necessario delle parti] continua ad essere operante

nuità sostanziale che, oltre ad accomunare in tal senso i due modelli processuali appena menzionati, contribuisce evidentemente a distinguerli - nel loro complesso - dalla diversa imposizione della *cognitio extra ordinem* e più ancora da quella del processo tardo-antico, segnato come ben noto da un progressivo superamento (in una chiave apertamente pubblicistica) della bilateralità necessaria alla base del processo⁵⁹. Come nel quadro della più antica procedura delle *legis actiones*, di conseguenza, anche nel contesto del processo *per formulas* rimane essenziale non soltanto assicurare una adeguata cooperazione di entrambe le parti nelle singole fasi del procedimento *in iure* (sino al momento centrale della *litis contestatio* che segna il passaggio alla fase *apud iudicem*), ma anche - e prima di tutto - garantire la contestuale presenza delle medesime parti (e in primo luogo del convenuto) al cospetto del magistrato e nella sede del giudizio, dalla quale dipende - nei termini suddetti - ogni successivo sviluppo della vicenda processuale. Correlativamente, anche in quel processo si manifesta così la necessità preliminare di condizionare in qualche forma la volontà del convenuto affinché questi concorra con la propria attività alla costituzione del giudizio, così da evitare che l'iniziativa dell'attore di instaurare una lite possa essere frustrata dall'eventuale rifiuto opposto dal primo difronte alla chiamata nei suoi confronti promossa. Il che rende ancora una volta indispensabile - sempre al pari di quanto si è detto per il processo più antico - la predisposizione di rimedi adeguati che consentano di evitare - ed eventualmente di superare - la resistenza posta in essere dal soggetto passivo nella fase preliminare dell'introduzione del giudizio, garantendo nonostante quest'ultima la sostanziale efficacia degli atti introduttivi e consentendo in tal modo la prosecuzione del processo fino al suo esito naturale nella sentenza di merito. Non diversamente da quanto si è visto avvenire - difronte alle analoghe esigenze del processo più antico - in base ai precetti decemvirali sulla chiamata in giudizio.

Ferma restando la descritta continuità tra le due procedure in termini di rilevanza della cooperazione tra le parti all'introduzione della lite, un significativo elemento di differenziazione tra il procedimento formulare ed il più antico sistema *legis actiones*

nella procedura *per formulas* allo stesso modo e con la stessa intensità che nel sistema delle *legis actiones*, nel senso che anche in tale procedura era indispensabile, ai fini dell'accertamento, non solo la presenza fisica delle parti davanti al magistrato ma anche la loro attiva partecipazione al processo".

⁵⁹ Per tali aspetti di raffronto tra le due procedure si rinvia a quanto già sopra osservato nel § 1.

è rappresentato invece - sotto questo profilo - dalle concrete modalità con cui l'interesse di fondo in questo modo perseguito viene in concreto soddisfatto all'interno del processo. Laddove nella procedura più antica la reazione ordinamentale alla resistenza del convenuto nella fase introduttiva era sostanzialmente affidata, come si è visto, alla stessa iniziativa del soggetto interessato (risolvendosi di fatto in un ricorso all'autotutela - più o meno incondizionata - da parte dell'attore), nel processo *per formulas* si assiste infatti - ai medesimi fini - ad un coinvolgimento assai più ampio della figura del pretore nel suo specifico ruolo di magistrato giudicante, il quale ha naturalmente condotto - all'esito della complessa evoluzione che ha accompagnato il processo - a una profonda trasformazione del sistema rimediale inizialmente vigente. Da un lato, l'intervento del pretore nella materia in esame si è innestato direttamente, secondo la naturale tendenza del diritto onorario ad integrare e correggere i precetti civilistici⁶⁰, sulla disciplina ereditata dal sistema precedente, adattandone la portata alla nuova procedura e rimodulandone in parte (con l'ausilio della giurisprudenza) i presupposti e gli effetti al fine di adattarli alle mutate esigenze della realtà processuale. Per altro verso, tuttavia, le innovazioni introdotte dal diritto pretorio hanno anche condotto alla contestuale creazione - accanto a quegli istituti - di strumenti nuovi ed in parte diversi, fondati direttamente sulla *iurisdictio* del magistrato (o sull'esercizio dell'*imperium*) e applicabili in parallelo con i rimedi preesistenti, i quali hanno visto così notevolmente alterato il proprio ruolo originario all'interno del sistema (posto che i rimedi pretori di nuova applicazione hanno inevitabilmente sostituito e reso desuete almeno talune applicazioni dei previgenti rimedi di natura privatistica)⁶¹. Ciò che ha condotto in concreto alla definizione di un sistema - significativamente diverso da quello precedente all'avvento delle *formulae* - nel quale l'originario elemento privatistico della cooperazione delle parti nella fase introduttiva, pur non scompa-

⁶⁰ D.1.1.7.1 (Pap. 2 Def.): "*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum*". In generale sulle interazioni tra *ius honorarium* e diritto civile e sul ruolo del primo nell'innovazione del secondo v. G. PUGLIESE, *Ius honorarium a Roma ed equity nei sistemi di common law*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 1105 ss. e M. KASER, '*Ius honorarium*' und '*ius civile*', in *ZSS*, 101 (1984), pp. 1 ss. e l'ulteriore letteratura di approfondimento in quella sede richiamata. Per l'incidenza della "politica procesal pretoria" sulle vedi anche A. FERNANDEZ-BARREIRO, *Ética de las relaciones procesales romanas: recursos sancionadores del ilícito procesal*, cit., p. 557.

⁶¹ Nel senso di una duplice valenza dell'intervento pretorio - in parte conservativa e in parte innovativa del sistema previgente - si veda anche I. BUTI, *Il praetor e le formalità introduttive*, cit., p. 225.

do del tutto e rimanendo anzi indispensabile al processo, risulta affiancato da un altrettanto rilevante componente «magistratuale» (e dunque *lato sensu* pubblicistica⁶²) la quale, combinandosi col primo, ne limita almeno in parte gli effetti negativi sulla concreta efficacia dell'introduzione del giudizio, predisponendo degli strumenti ausiliari di coazione del convenuto che integrano e rafforzano i più radicali mezzi dell'autotutela privata. Strumenti di coazione aventi naturalmente una struttura ed un'efficacia meramente indiretta (ché la partecipazione coatta rimane preclusa), ma che, provenendo dallo stesso soggetto che dirige il processo, possono nondimeno spiegare una maggiore incidenza rispetto al fine di prevenire e sanzionare, laddove necessario, le idiosincrasie dei privati nella delicata fase dell'instaurazione della lite.

Obiettivo primario dei prossimi paragrafi sarà appunto quello di ricostruire in sintesi - e per lo meno a grandi linee - il sistema di rimedi in questo senso operanti nel procedimento formulare, individuando da un lato quelli tra essi che si pongono in tendenziale continuità con il sistema precedente (salve le modificazioni eventualmente subentrate in epoca più recente) e definendo per altro verso quali rappresentino invece il frutto innovativo dell'intervento del pretore nella materia in oggetto. Ciò comporterà di esaminare al tempo stesso le sorti incontrate - in età formulare - delle sanzioni decemvirali contro il convenuto resistente già sopra sommariamente ricostruite e di indagare più nel dettaglio gli ulteriori rimedi predisposti dal pretore ad integrazione delle stesse, per poi procedere - nei limiti consentiti dalla varietà di questi ultimi - a valutare le reciproche interazioni tra i due sistemi di istituti ed i principi che presiedono alla loro concorrenza. Infine, qualche parola di sintesi dovrà essere spesa per inquadrare la struttura complessiva del sistema «composito» così individuato e per valutare la sua obiettiva efficacia nel prevenire e reprimere le condotte sanzionate. Così delineati in via generale i contenuti dell'indagine, la struttura della stessa si definirà per conseguenza: ad un paragrafo relativo alle vicende dei più antichi rimedi

⁶² Sul carattere “magistratuale” del processo *per formulas* e la convivenza tra il relativo elemento pubblicistico ed il sostrato privatistico derivante dalla centralità del ruolo delle parti si veda in particolare C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, cit., pp. 44-45; J.L. MURGA, *Derecho romano clásico*, Saragoza, 1980 p. 247 ss.; L. D'AMATI, *Sulla cooperazione del convenuto*, cit, p. 853, che parla in tal senso di una “fisionomia ibrida del processo privato a metà tra un processo arbitrale e un processo vero e proprio”. Sulle medesime tematiche la stessa autrice è tornata da ultimo - sia pur nel contesto di una più ampia ricostruzione delle forme di resistenza imputabili al *vocatus* nella vicenda processuale - in ID., *L'inattività del convenuto nel processo formulare. 'Indefensio', 'Absentia' e 'Latitatio'*, Napoli, 2016.

a garanzia della *vocatio in ius* nel processo formulare (§ 3.1), succederà così un gruppo di paragrafi dal contenuto più specifico dedicati all'esame dei singoli rimedi introdotti dal pretore a integrazione di questi (§ 3.2 ss.), a loro volta seguiti, prima delle conclusioni del presente capitolo (§ 4), da alcune brevi considerazioni di sintesi circa i caratteri e l'efficacia delle garanzie formulari dell'introduzione del processo.

3.1. Le conseguenze dell'intervento del pretore sul regime della chiamata in giudizio

Uno dei profili in relazione ai quali si manifesta con maggiore chiarezza la suddetta continuità «privatistica» tra il processo formulare e le procedure più antiche è costituito, come si è visto, dalle modalità di esercizio dell'iniziativa processuale, vale a dire - e in termini più specifici - dai modi e dalle forme con le quali può procedersi all'introduzione del giudizio. Sotto questo profilo, la *in ius vocatio* posta in essere dall'attore continua in effetti a rappresentare - anche in età formulare - lo strumento fondamentale per la costituzione della lite⁶³, servendo di regola a manifestare formalmente l'intenzione dell'attore di iniziare un giudizio e a ottenere immediatamente la comparizione del *vocatus* nel luogo del processo. Essa rimane inoltre, al pari di quanto si è detto per l'epoca più antica, un atto a forma libera ed avente un contenuto essenzialmente privatistico, da compiersi in pubblico e direttamente nei confronti del soggetto convenuto, il quale - di fronte alla chiamata validamente effettuata - è di norma obbligato a comparire personalmente di fronte al magistrato. Le uniche differenze rispetto al processo più antico quanto alle concrete modalità di attuazione della *vocatio* riguardano, così, la valenza almeno in parte più pregnante dell'enunciazione stragiudiziale delle ragioni della chiamata (*editio actionis*), che nel processo formulare diviene non soltanto l'oggetto di un onere specifico facente capo all'attore⁶⁴ ma comporta anche - in caso di omissione - precise conseguenze a carico di questo⁶⁵; al che devono aggiungersi una disciplina più specifica delle limitazioni

⁶³ In tal senso - tra i molti - G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio*, cit., p. 86 ss.; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo romano*, cit., pp. 136 ss. e nt. 1; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, cit., pp. 370 ss.; M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., pp. 221 ss.; J.L. MURGA, *Derecho romano clasico*, II - *El proceso*, cit., pp. 257 ss.

⁶⁴ D. 2.13.1. Sul punto LENEL, *Die forma der Litiscontestatio im Formularprozess*, in ZSS 15 (1894).

⁶⁵ Il tema è stato affrontato, in tempi relativamente recenti, da A. BÜRGE, *Zum Edikt de edendo*, in ZSS 112 (1995), p. 1 ss. Sul punto si veda anche G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 20 ss. Si

soggettive alla chiamata in giudizio (la quale presupponeva - in determinate circostanze - una preventiva autorizzazione da parte del pretore) ed un regime più articolato della rappresentanza processuale, la quale (pressoché esclusa - con limitate eccezioni - nel processo più antico) diviene di impiego comune nel processo *per formulas* e si accompagna, con l'intervento del pretore, ad una precisa regolamentazione delle conseguenze della attività di *cognitores* e *procuratores* nell'interesse delle parti⁶⁶.

Considerata la tendenziale sopravvivenza in età formulare dei più risalenti meccanismi di introduzione del giudizio, può apparire verosimile che in quello stesso contesto storico e giuridico siano rimasti correlativamente applicabili - se non altro in astratto - anche i relativi strumenti di coazione personale del processo più antico, vale a dire, in primo luogo, la possibilità (già disciplinata dai precetti decemvirali) di costringere direttamente la comparizione in giudizio del *vocatus* recalcitrante mediante l'uso della forza. Nonostante si sia a lungo ipotizzato che l'avvento della giurisdizione pretoria abbia condotto a un completo e repentino abbandono di tali estremi meccanismi in favore delle più indirette e moderate garanzie del diritto onorario (sulle quali *infra*)⁶⁷, le più recenti ricerche ed approfondimenti sul tema sembrano in effetti aver confermato, con maggiore chiarezza, come lo strumento della costrizione personale a comparire in tribunale (genericamente qualificabile come *ductio* o *addictio*⁶⁸), lungi dall'essere del tutto scomparso dal panorama dei rimedi nei confronti del

è invece osservato come nella procedura delle *legis actiones* il compimento della *in ius vocatio* non dovesse necessariamente accompagnarsi all'enunciazione della pretesa azionata (*supra* § 2.1 e nt. 18).

⁶⁶ Sulle parziali innovazioni introdotte a tal riguardo dalla giurisdizione pretoria rispetto alla più sommaria disciplina già operante a questo proposito nelle *legis actiones* può rinviarsi, in generale, a I. BUTI, *Il praetor e le formalità introduttive del processo formulare*, cit., pp. 233 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, cit., pp. 371 ss.; A. FERNANDEZ-BARREIRO, *Autorización pretoria para la in ius vocatio*, in *SDHI*, 37 (1971), p. 267 ss., nonché A. GOMEZ-IGLESIAS-CASAL, *Citaciòn y comparecencia en el procedimiento formulario romano*, Santiago de Compostela, 1984, spec. p. 55 ss. In particolare sulla possibilità di agire *alieno nomine* nel processo formulare R. QUADRATO, voce *rappresentanza (dir. romano)*, in *Enc. Dir.*, cit., p. 419 ss. e G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, cit., *passim*.

⁶⁷ In questi termini sembra esprimersi da ultimo, seppur in forma parzialmente dubitativa, G. PUGLIESE, *Les voies de recours*, cit., p. 250, ove si legge che "...ensuite, peut-être au début de la procédure formulaire, la contrainte directe, qui ne fut pas abolie expressément, mais paraissait en tout cas insuffisante, fut pratiquement substituée par une contrainte indirecte au moyen du droit honoraire".

⁶⁸ Con la prima espressione ci si riferisce genericamente agli effetti dell'ordine magistratuale che autorizzava la parte all'esecuzione - reale o personale - diretta sull'oggetto conteso (*iussum duci vel ferri*). Il secondo allude invece, più specificatamente, all'assegnazione personale del debitore insolvente nella disponibilità del suo creditore pronunciata anticamente dal magistrato all'esito di una *m.i.* Per quanto nessuno dei due termini si adatti esattamente alle peculiarità della coazione personale nei confronti del *vocatus*, che come si è visto conduceva verosimilmente soltanto al trasferimento forzato dinanzi al

vocatus in età formulare, sia al contrario sopravvissuto anche in epoca successiva alla comparsa delle *formulae*, continuando ad operare - per lo meno in alcuni casi - quale strumento di garanzia della chiamata in giudizio in aggiunta e in parallelo ai più recenti rimedi a tal fine predisposti su iniziativa del pretore. A suffragio di questa seconda e più estensiva ricostruzione, si è innanzitutto osservato come il rimedio della *ductio* nei confronti del *vocatus* che non compaia in giudizio, pur risalendo all'età decemvirale e non avendo successivamente ricevuto una disciplina più recente⁶⁹, si trovi ancora espressamente menzionato anche in alcune testimonianze senz'altro riconducibili al processo *per formulas*, fra le quali possono in special modo ricordarsi due frammenti del Digesto, attribuiti rispettivamente a Gaio ed a Paolo, nei quali il meccanismo stragiudiziale della violenza privata per costringere il convenuto a presentarsi in giudizio appare in effetti richiamato (più o meno esplicitamente) con specifico riguardo a questioni collegate all'introduzione del giudizio (rispettivamente l'idoneità del garante ad evitare l'obbligo di comparizione personale e le modalità con cui un terzo può impedire al convenuto di presentarsi in tribunale)⁷⁰. Ad evidente - seppur indiretta - conferma che, a prescindere da quanto il suo impiego potesse nella prassi risultare circoscritto rispetto ad altri rimedi, il ricorso alla *ductio* personale nei confronti del *vocatus* per l'introduzione del giudizio doveva tutt'ora apparire come un'alternativa possibile (e meritevole di menzione), e non come una semplice «rimanenza storica» sprovvisa - nella prassi - di qualsivoglia rilevanza applicativa.

magistrato, gli stessi possono nondimeno impiegarsi per riferirsi genericamente all'impiego della forza nel contesto della *vocatio* nella misura in cui quest'ultimo comportava a sua volta un'apprensione personale del convenuto recalcitrante. In generale sul significato delle espressioni citate, L. PEPPE, *Riflessioni intorno all'esecuzione personale in diritto romano*, in *AUPA*, 53 (2009), *passim*. È peraltro evidente la connessione tra il rimedio in esame e l'istituto richiamato in Tab. 3. 1-2.

⁶⁹ I. BUTI, *Il praetor e le formalità introduttive*, cit., p. 254 osserva in tal senso che, per quanto l'intervento del pretore abbia variamente adeguato e talora integrato il sistema più antico, esso ha proceduto di regola "senza modificarne sensibilmente la natura". Rispetto alla possibilità originaria di un ricorso alla forza, in particolare, anziché prevedere delle forme alternative di esercizio della stessa in luogo del privato (ad es. garantendo l'accompagnamento coatto mediante il ricorso a *viatores* o *lictors*), esso avrebbe così preferito lasciare inalterati gli strumenti esistenti e predisporne di nuovi con funzioni differenti; operanti cioè "in maniera diversa e non semplicemente a diverso titolo".

⁷⁰ D. 2.8.5.1 (Gai. 1 *ad Ed.*): *sane non quaelibet iniuria est duci in ius eum, qui satis idoneum fideiussores det*; D. 2.7.4.pr. (Paul. 5 *ad Ed.*): *Sed eximendi verbum generale est, ut Pomponius ait. Eripere enim est de manibus auferre per raptum: eximere quoquo modo auferre. Ut puta si quis non rapuerit quem, sed moram fecerit quo minus in ius veniret, ut actionis dies exiret vel res tempore amitteretur*. Per la rilevanza delle fonti richiamate nel testimoniare la potenziale operatività dell'autodifesa privata nella procedura *per formulas* v. I. BUTI, *op. ult. cit.*, p. 293; Ulteriori riferimenti al proposito in F. WOESS, *Personalexecution und cessio bonorum in römischen Reichsrecht*, in *ZSS*, 43 (1922) p. 487 ss.

Alla medesima conclusione sembra inoltre potersi pervenire - con relativa sicurezza - anche sulla base della testimonianza epigrafica offerta sul punto dal testo della cd. *lex Rubria de Gallia Cisalpina*, una legge pubblica rogata (databile verosimilmente intorno alla seconda metà del primo secolo a.C.) destinata a trovare applicazione nell'omonima provincia dell'Italia settentrionale e avente per oggetto una serie di prescrizioni - di natura eterogenea - riguardanti le competenze processuali dei magistrati locali nelle materie affidate alla loro cognizione⁷¹. Oltre ad offrire una rapida panoramica sui poteri a disposizione degli organi giudiziari in determinate situazioni di tutela processuale (dalla difesa del diritto di proprietà mediante *operis novi nuntiatio* alla concessione fittizia della *cautio damni infecti* avverso il proprietario di un edificio pericolante), il testo della legge - o quanto meno la porzione dello stesso che ci è pervenuta in una forma leggibile⁷² - consente infatti di ricostruire a grandi linee anche il regime delle sanzioni operanti all'interno del processo avverso il convenuto che non collabori adeguatamente all'attivazione del giudizio o alla sua prosecuzione (sia rifiutando determinati atti a ciò necessari che sottraendosi alla contestazione della lite nelle forme più specifiche dell'*indefensio*)⁷³, nei confronti del quale appare espressamente disposta - accanto alla sanzione indiretta della *missio in bona* nei confronti del *vocatus* - la più radicale conseguenza della *ductio* personale disposta dal magistrato in favore dell'avversario (tra l'altro singolarmente associata ad una sorta di *fictio* di *damnatio* a carico del soggetto sanzionato)⁷⁴. Ciò che sembra in effetti

⁷¹ Per più ampi riferimenti alla natura e ai contenuti di questa fonte legislativa può rinviarsi, limitandosi ai contributi più recenti, a G. MAININO, *Confessio e indefensio nella lex Rubria de Gallia Cisalpina: Spunti per l'interpretazione di un testo legislativo epigrafico*, in *Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico*, Milano, 2011, p. 161; ID., *Studi sul Caput XXI della lex Rubria della Gallia Cisalpina*, in LED, Milano, 2012, p. 148; nonché a U. LAFFI, *La lex Rubria de Gallia Cisalpina*, Como, 1986. Sul significato della *lex* nella materia in esame v. anche M. WLASSAK, *Konfessio in iure und Defensionsweigerung nach der lex Rubria de Gallia Cisalpina*, München, 1934. Per il testo della legge si rinvia a M.H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, I, London, 1996, p. 465 ss.

⁷² Corrispondente - a grandi linee - al dettato di cinque o sei articoli della legge, originariamente collocati tra le righe XXI e XXIII della tavola bronzea che ne recava la trascrizione. Sulla collocazione dei frammenti residui e per alcune ipotesi sugli ulteriori contenuti della legge MAININO, *cit.*, p. 24 ss.

⁷³ Tra i comportamenti sanzionati dalla legge, quello del convenuto che rifiuta la chiamata e non si presenta in giudizio è apparso riconducibile in particolare al *non respondere* che compare nella legge accanto al caso del convenuto *qui se non defendit*. Sull'individuazione delle diverse condotte disciplinate dal testo e delle differenze tra le stesse v. MAININO, *op. ult. cit.*, pp. 53 ss. e pp. 105 ss.

⁷⁴ «*Quei eam suo nomine petierit quoive eam d(arei) o(portebit), ex iudi-ci<bu>s dateis iudi-/careve recte iusseis iure lege damnatus esset fuisset. Qu<e>ique quomque / Ilvir, IIIvir praefec(tus)ve <i>bei i(ure) d(eicundo) p(raeerit): is eum, quei ita quid confessus erit / neque id solvet satisvefaciet, eum<que> quei se sponsione iudiciove utei{ve} / oportebit non defenderit aut iniure non responderit neque id solvet/satisvefaciet,t(antae)p(ecuniae),quanta ea pecunia erit dequatum inter eos am-/ bigetur,*

confermare - se non altro indirettamente e con specifico riguardo al processo provinciale - la vitalità di questo più rigoroso strumento di coazione personale anche nel più recente contesto del procedimento *per formulas*, nel quale esso sembrerebbe in questo senso continuare ad applicarsi quale alternativa più estrema ai rimedi ordinari di matrice onoraria⁷⁵. Da parte di alcuni si è invero suggerito che tale persistente riferimento alla *ductio* nel testo della legge potrebbe anche giustificarsi più banalmente alla luce del fatto che i magistrati provinciali - a differenza del pretore - non disponevano di tutti i poteri di natura dispositiva collegati all'*imperium*, così che consentire l'esecuzione personale nei confronti del *vocatus* sarebbe stata a livello locale la sola alternativa possibile di fronte all'impossibilità di ottenere in concreto le *missiones* pretorie⁷⁶. Al di là delle notevoli incertezze riguardanti i rapporti tra *iurisdictio* ed *imperium* e - di conseguenza - le effettive limitazioni dei poteri dispositivi delle magistrature locali⁷⁷, lo stesso richiamo nel testo in esame all'applicazione dell'antico rimedio decemvirale accanto a quelli caratteristici della giurisdizione pretoria appare tuttavia indicativo, se non altro in astratto, di un accostamento tra il primo e questi ultimi istituti sotto il profilo funzionale, tale da rendere per lo meno plausibile che la adduzione personale del convenuto intemperante, per quanto arcaica e desueta dovesse ormai risultare nel procedimento ordinario dinanzi al pretore, continuasse formalmente ad essere concepita - anche in quest'ultimo - quale strumento di garanzia

d(um) t(axat) <(sestertium)> XV (milia), s(ine) f(rau)de s(ua) duci iubeto». Sul punto si veda anche la testimonianza offerta dalla contemporanea *lex Irnitana*, Caput LXXXIV, alle linee 20-21.

⁷⁵ Siffatta interpretazione appare suggerita - tra gli altri - da G. MAININO, *Confessio e indefensio*, cit., p. 183, il quale osserva che la sanzione del convenuto prescritta nella legge appare al tempo stesso costituita "dalla *ductio* esecutiva per quanto riguarda il *caput* XXI oppure da una diversa gamma di misure esecutive fino alla *bonorum venditio* per quanto riguarda il *caput* XXII"; ciò che porterebbe in definitiva a concludere che "alla luce di tale interpretazione, i moduli processuali descrittici dalla *lex Rubria* non sarebbero stati solo quelli del processo formulare classico, ma anche quelli dell'antico *lege agere*, del cui uso il nostro testo documenterebbe la plausibile sopravvivenza [...]".

⁷⁶ In questo senso, G. MAININO, *Studi*, cit., p. 66. Per la tradizionale esclusione dei provvedimenti di immissione nel possesso dai poteri riconosciuti ai magistrati senza *imperium* v. V. GIUFFRÈ, *Le origini della bonorum venditio come esecuzione patrimoniale*, in Labeo, 39 (1993), p. 331. È noto del resto il passaggio ricavato dai libri di Ulpiano di commento all'Editto (D. 2.1.4) secondo il quale "*Iubere caveri praetoria stipulatione et in possessionem mittere imperii magis est quam iurisdictionis*".

⁷⁷ Sul punto può rinviarsi alle considerazioni critiche di TORRENT, *La iurisdictio de los magistrados municipales*, Salamanca, 1970, nonché alle note di M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 185 e ntt. 12-15. Con speciale riferimento alle conseguenze dell'impossibilità di ricorrere alle *missiones* a livello locale, G. MAININO, *Studi*, cit., p. 59 nt. 105 osserva inoltre che la necessità di rivolgersi per tali atti ad un magistrato *cum imperio* "lascia parecchio perplessi circa la pluralità degli interventi magistratuali richiesti nel corso del procedimento, essendo realisticamente davvero inimmaginabile un tale andirivieni da Roma o dal luogo di stanza del governatore provinciale".

diretto e coattivo della chiamata in giudizio. Senza contare che, alla luce della relativa vicinanza della provincia (popolare) della Gallia Cisalpina alle sedi centrali in cui era eventualmente ammissibile l'esercizio dell'*imperium*, suggerisce da un lato di dubitare che nei relativi processi la necessità della *ductio* si ponesse in concreto con particolare frequenza e rende dall'altro piuttosto inverosimile che - nel disciplinare le forme giurisdizionali autonomamente applicabili dalle magistrature locali - non si sia tenuto coerentemente conto dei mezzi processuali in parallelo operanti nel regime ordinario di cognizione delle cause di fronte al pretore o ai magistrati equipollenti. Anche in questo senso, dunque, nulla sembra suggerire - sotto il profilo delle dinamiche storiche di evoluzione del sistema - una precoce desuetudine degli strumenti decemvirali di coazione immediata del convenuto renitente per effetto del contestuale sviluppo di rimedi pretori con la medesima funzione, dovendosi piuttosto ritenere che questi ultimi non soltanto abbiano convissuto con i primi per una parte notevole della propria storia, ma anche che - a certe condizioni che dovranno approfondirsi⁷⁸ - sia rimasta ammissibile una concreta applicazione degli stessi nonostante il progressivo superamento degli schemi processuali dai quali erano scaturiti.

3.1.1 La coazione patrimoniale indiretta della partecipazione alla vocatio

Se da un lato l'ascesa e lo sviluppo del procedimento formulare non hanno comportato l'immediata decadenza dei rimedi più antichi, dall'altro essi hanno tuttavia determinato, come si è detto in apertura, alcune significative trasformazioni del loro concreto funzionamento, le quali si giustificano a ben vedere - piuttosto agevolmente - alla luce dei più ampi poteri del magistrato giurisdicente nel controllare e dirigere lo svolgimento del processo di fronte alle eventuali distorsioni provenienti dalle

⁷⁸ V. *infra* al termine del presente paragrafo. Alcune conferme indirette della descritta persistenza degli schemi decemvirali anche in età formulare sembrano infine potersi ricavare - nonostante il carattere atecnico delle relative indicazioni - anche dalla testimonianza delle fonti letterarie. A questo proposito si considerino, in particolare, Horat. *Serm.*, 1.9.73 ss.: *Casu venit obvius illi adversarius et 'quo tu, turpissime?' magna inclamat voce, et 'licet antestari?' ego vero oppono auriculam. rapit in ius; clamor utrimque, undique concursus*; e Iuven., *Sat.*, 10.86: *sed videant servi, ne quis neget et pavidum in ius cervice obstricta dominum trahat*, richiamate anche da I. BUTI, *Il praetor*, cit., p. 255, nt. 105

parti⁷⁹. Rispetto al sistema di garanzie dell'introduzione del giudizio come finora descritto, caratterizzato come si è visto dalla persistenza di alcuni dei rimedi di natura squisitamente privatistica risalenti al processo più antico, l'intervento del pretore in età formulare si è innestato, per così dire, alla stregua di un fattore di «innovazione conservativa», dando vita «dall'esterno» ad un sistema di rimedi alternativi e con autonomi presupposti senza tuttavia alterare la validità o l'efficacia di quelli preesistenti. Esso ha cioè provveduto ad affiancare alle più risalenti strutture di origine decemvirale una serie di meccanismi basati sul suo *imperium* e destinati ad applicarsi indipendentemente dalle prime, in modo tale da superare l'eccessiva durezza inevitabilmente collegata alla loro applicazione (e propria di ogni forma di coazione puramente personale) e al tempo stesso colmandone almeno in parte le lacune attraverso la previsione di strumenti più efficienti (quali vedremo essere - appunto - quelli a base essenzialmente patrimoniale di matrice pretoria). Non dunque sostituendo e rendendo superflua la vecchia disciplina delle *legis actiones*, bensì aggiungendo e diversificando il sistema in cui questa si inserisce mediante la previsione di strumenti aggiuntivi concretamente applicabili in luogo della stessa, così da limitare - per quanto possibile - il ricorso (pur sempre legittimo) all'ipotesi più estremistica della coazione diretta⁸⁰. Non sempre, del resto, la costrizione personale nei confronti del *vocatus* si dimostra in concreto uno strumento sufficiente, posto che in alcune ipotesi di resistenza alla chiamata nemmeno l'impiego autorizzato della forza è idoneo a garantire la cooperazione del convenuto alla regolare e tempestiva instaurazione di un giudizio⁸¹. Se ciò era vero - in una certa misura - già per il periodo delle *legis actiones*, ove ad esempio

⁷⁹ Ossia - in una parola - di quello che si è sopra definito, riprendendo l'efficace terminologia di Canina e prima ancora di Provera, come l'elemento «magistratuale» della procedura *per formulas* considerato nei suoi rapporti con il diverso ma compresente elemento «privatistico» della stessa procedura.

⁸⁰ Efficaci nel descrivere questo carattere complementare (e così integrativo) dell'intervento pretorio rispetto al campo di applicazione originario dei rimedi decemvirali appaiono in particolare le osservazioni di G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio*, cit., pp. 86 ss., secondo il quale «la in ius vocatio [...] risulta ora largamente influenzata dall'intervento del magistrato, che predispone nell'editto una serie di misure la cui utilità ed efficacia appare evidente soprattutto nei casi in cui l'uso della forza, autorizzato dalla legge decemvirale, non avrebbe potuto in alcun modo giovare al fine sopra indicato».

⁸¹ Si pensi all'ipotesi, in questo senso paradigmatica, del convenuto che non soltanto si rifiuti di seguire la controparte al cospetto del magistrato, ma si renda addirittura del tutto irreperibile al momento della chiamata (impedendo così la sua stessa esecuzione), o ancora al caso tutt'altro che irrealistico in cui egli disponga (grazie ad es. all'assistenza di amici o familiari) di mezzi fisici e materiali superiori a quelli del vocante onde resistere al suo invito. O ancora ad ogni altra situazione in cui, per la particolare intensità o volontarietà dell'opposizione del *vocatus*, la semplice possibilità di ricorrere *in extremis* alla violenza privata nulla avrebbe potuto di fronte all'indisponibilità dello stesso di presentarsi in giudizio. Al riguardo v. anche G. PROVERA, *Il principio*, cit., p. 86-87 e I. BUTI, *Il praetor*, cit., p. 254.

la latitanza del convenuto impedisse all'attore di reperirlo in luogo pubblico e di trascinarlo in tribunale, in età formulare la questione della reale efficacia della violenza privata nell'assicurare la cooperazione del convenuto all'introduzione della lite deve anzi essere apparsa ancor più evidente in ragione dei mutamenti del contesto sociale in cui la *vocatio* era destinata operare, nell'ambito del quale - venuta meno in larga parte l'originaria funzione della comunità nel fornire assistenza all'autotutela privata (ancora evidente, come si è visto, nell'*antestamino* del precetto decemvirale)⁸² - la garanzia del buon esito della chiamata in giudizio rimaneva oramai affidata - in modo esclusivo - alla capacità individuale della parte che agisce di contrapporre la propria forza rispetto a quella dell'avversario. Capacità che si presta evidentemente ad essere esclusa (o quanto meno diminuita) da qualsiasi circostanza che impedisca in concreto un'immediata ed effettiva coazione personale nelle semplici forme del predominio fisico di un soggetto sull'altro, specie in un contesto in cui il ricorso alla forza pubblica a sostegno dei privati è limitato in sostanza a situazioni eccezionali⁸³.

Da ciò l'esigenza fondamentale, avvertita dal pretore e da questi interpretata con l'ausilio della giurisprudenza, di fornire alla parte interessata all'introduzione della lite degli strumenti più idonei a garantirne l'efficacia anche nelle ipotesi appena menzionate, caratterizzati cioè - anziché da un ricorso immediato (e potenzialmente inefficace) alla violenza privata - dall'esercizio di una coazione indiretta sulla persona del convenuto affinché quest'ultimo si presti spontaneamente allo svolgimento del giudizio o risulti comunque possibile l'instaurazione dello stesso nonostante il suo rifiuto di aderire alla chiamata⁸⁴. Al fine di soddisfare questo bisogno di tutela, tuttavia, il diritto pretorio non poteva limitarsi a predisporre dei meccanismi alternativi di coazione personale destinati ad applicarsi in parallelo o in aggiunta alla *ductio de-*

⁸² Sul ruolo del controllo del gruppo sociale nella risoluzione delle controversie tra privati attraverso gli schemi primogeniti delle *legis actiones* e (più in generale) per il carattere "corale" delle forme di amministrazione della giustizia nell'epoca più risalente della società romana v. G. NICOSIA, *Processo privato romano*, I, cit., pp. 180 ss. e M. TALAMANCA, voce "*processo civile*", cit., pp. 4 ss.

⁸³ Alcuni riferimenti sul punto in G. PUGLIESE, *Principi teorici e realtà pratica dei processi romani - A proposito di J.M. Kelly, Roman Litigation*, in *RIDA*, 35 (1967), pp. 291 ss.

⁸⁴ Sul carattere «indiretto» degli strumenti pretori di coazione del convenuto alla costituzione del giudizio G. PUGLIESE, *Les voies de recours*, cit., p. 249 ss.; I. BUTI, *Il praetor*, cit., p. 255; M.F. LEPRI, *A proposito della cosiddetta indefensio nelle azioni in rem*, in *St. Albertario*, I, p. 762 ss.; G. PROVERA, *Il principio*, cit., p. 87; M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 222.

cemvirale, in quanto ciò avrebbe significato replicare - sia pur in una forma diversa ed eventualmente più adeguata agli schemi formulari - le medesime lacune, limitazioni e inefficienze del sistema precedente; prima fra tutte, secondo quanto si è detto, l'impossibilità di coartare personalmente un soggetto passivo che in talune circostanze può risultare assente ovvero irreperibile. Ben più opportuna e adeguata allo scopo dovette invece apparire la creazione di un sistema alternativo a quest'ultimo e basato su dei rimedi operanti piuttosto a livello patrimoniale, ossia destinati a colpire - in luogo della persona fisica del convenuto resistente - il complesso dei beni appartenenti a quest'ultimo e l'insieme degli interessi agli stessi collegati. In un'epoca non meglio precisabile (ma comunque anteriore al II sec. a.C.⁸⁵), il pretore ha così provveduto ad inserire - nel quadro dell'editto - un meccanismo specificamente preposto ad assoggettare il patrimonio del convenuto resistente alla soddisfazione prioritaria dell'interesse dell'attore alla costituzione del giudizio; ciò che avveniva mediante la concessione in favore di quest'ultimo di un provvedimento di immissione nel possesso dei beni della parte recalcitrante (*missio in bona*) destinato a conservare efficacia nei confronti di quest'ultima fino all'eventuale comparizione tardiva dinanzi al magistrato, salvo poter condurre alla vendita in blocco dei medesimi beni (*bonorum venditio*) nel caso in cui la comparizione richiesta non fosse mai avvenuta⁸⁶.

L'esatto contenuto della clausola edittale con cui era riconosciuta siffatta facoltà, verosimilmente ricompresa all'interno del titolo «*Quibus ex causis in possessionem eatur*», non ci è pervenuto che in modo frammentario e per il tramite delle molteplici fonti - tra di loro assai eterogenee - che si occupano in generale dei diversi casi di immissione nel possesso disposta dal pretore⁸⁷. Nondimeno, una sua ricostruzione per lo meno approssimativa e strumentale agli scopi della presente ricerca può essere tentata, come è avvenuto in passato⁸⁸, sulla base delle seguenti testimonianze testuali:

⁸⁵ L'esistenza di una corrispondente clausola edittale ci è infatti testimoniata, oltre che da un rilevante frammento di Ulpiano (D. 42.4.7.1) su cui torneremo, da un passaggio dell'orazione *Pro Quinctio* di M.T. Cicerone (Cic., *Quinct.*, 19.60). Sul punto G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, cit., p. 374 ss.; A. GOMEZ-IGLESIAS-CASAL, *Citacion y comparecencia en el proceso formulario*, cit., p. 35 ss.

⁸⁶ Più ampi riferimenti alla sequenza dei provvedimenti pretori a tal fine necessari v. C.A. CANNATA, *Profilo*, cit. pp. 171 ss. e M.F. LEPRI, *Note sulla natura giuridica delle missiones*, cit., *passim*.

⁸⁷ Ciò che era possibile, come osserva BUTI, *Il praetor*, cit., p. 262, "per ipotesi differenti e disparate".

⁸⁸ Per un tentativo di ricostruzione del tenore letterale della clausola v. LENEL, *Ed. perp.*, cit. p. 413 ss. Un esame delle fonti al proposito è condotto anche da I. BUTI, *Il praetor*, cit., pp. 266 ss.

D. 42.4.7.1 (Ulp. 59 *ad Ed.*)

Praetor ait: "Qui fraudationis causa latitabit, si boni viri arbitrato non defendetur, eius bona possideri vendique iubebo".

D. 43.4.1.5 (Ulp. 72 *ad Ed.*)

Haec verba "quantum ea res erit, ob quam in possessionem missus erit" continent utilitatem creditoris, ut quantum eius interest possessionem habere, tantum ei qui prohibuit condemnatur. Proinde si ob falsum creditum vel ob falsam petitionem missus est in possessionem vel si exceptione summoverti potuit, nihil ei debet prodesse hoc edictum, quia propter nullam causam in possessionem missus est.

Gai. 3.78

Bona autem veneunt aut vivorum aut mortuorum: vivorum, velut eorum, qui fraudationis causa latitant nec absentes defenduntur; item eorum, qui ex lege Iulia bonis cedunt; item iudicorum post tempus, quod eis partim lege XII tabularum, partim edicto praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur.

Cic., *Pro Quinct.* 19.60

Itaque maiores nostri raro id accidere voluerunt, praetores ut considerate fieret comparaverunt. Viri boni cum palam fraudantur, cum experiendi potestas non est, timide tamen et pedetemptim istuc descendunt vi ac necessitate coacti, inviti, multis vadimoniis desertis, saepe inlusi ac destituti; considerant enim quid et quantum sit alterius bona proscribere.

Qualora, a seguito dell'ordinario esercizio della *vocatio in ius*, il vocante non fosse riuscito ad ottenere la comparizione spontanea del proprio avversario per via della latitanza o dell'assenza dello stesso nel luogo del giudizio (*qui fraudationis causa latitant nec absentes defenduntur*) - in buona sostanza - il pretore avrebbe potuto concedergli, dietro idonea richiesta e nel suo esclusivo interesse (...*quantum eius inte-*

rest)⁸⁹, il possesso dei beni dell'assente o del latitante e - per effetto di questo - la possibilità di venderli e di soddisfarsi sul ricavato (*eius bona possideri vendique iubebo*). Il che sarebbe poi concretamente avvenuto, come deve presumersi nonostante il silenzio al riguardo delle fonti richiamate, nelle stesse forme ordinariamente impiegate per l'esecuzione forzata sui beni del convenuto già *iudicatus* all'esito del giudizio, vale a dire mediante la nomina di un rappresentante (*magister bonorum*) incaricato della vendita all'asta del patrimonio in oggetto e la successiva assegnazione dello stesso in proprietà bonitaria al miglior acquirente (*bonorum emptor*), il quale subentrava in tal modo in tutti i rapporti giuridici - attivi e passivi - facenti capo al precedente proprietario⁹⁰. Difronte alla mancata cooperazione del convenuto alla regolare costituzione del giudizio, in altri termini, per l'attore insoddisfatto (in quanto impossibilitato a far valere le sue ragioni nelle forme ordinarie del processo di cognizione) si sarebbe aperta - su iniziativa del pretore - la strada privilegiata di una vera e propria procedura esecutiva nei confronti dell'avversario, svincolata dal consueto presupposto del previo accertamento della fondatezza della pretesa in quanto concessa dal magistrato giudicante (salvo alcune differenze nell'operatività del rimedio sulle quali si tornerà nella seguente trattazione) sulla sola base dell'infruttuosità della *vocatio* lamentata dall'attore⁹¹; con il duplice risultato - in cui consiste, come si è visto, l'autentica innovazione del diritto pretorio rispetto al previgente sistema della coazione personale - di favorire (indirettamente) la cooperazione del convenuto con la minaccia mediata di un'esecuzione patrimoniale, e di consentire al contempo di superarne la resistenza anche laddove un siffatto incentivo si dimostri insufficiente, facendo in modo che il giudizio proposto possa concretamente proseguire (nonostante il rifiuto) seppur nei confronti di un soggetto diverso rispetto a quello originaria-

⁸⁹ Nonché, deve presumersi, a seguito di un'apposita *causae cognitio* (CANNATA, *Profilo*, cit., p. 172). In senso contrario L. LEVY-BRUHL, *La cause cognitio*, p. 396; S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., p. 140.

⁹⁰ Sull'equiparazione di tale modalità di acquisto del patrimonio esecutato ad una vicenda di successione *inter vivos* a titolo universale v. S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori in diritto romano*, II, Napoli, 1940, 131 ss. Più di recente A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto privato romano*, Torino, 2015, p. 368.

⁹¹ Così G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio*, cit., p. 87, il quale evidenzia in particolare come nelle ipotesi considerate, a differenza che nei rimanenti casi di esecuzione patrimoniale nei confronti del convenuto, la concessione del decreto possessorio che segna l'inizio della procedura forzata per la vendita dei beni si ricolleggi semplicemente (e direttamente) alla circostanza che l'attore non sia riuscito ad effettuare o completare la chiamata a causa del rifiuto o dell'irreperibilità dell'avversario.

mente chiamato⁹². Non più dunque - o non più soltanto - una garanzia immediata della presenza del convenuto nel luogo del giudizio, bensì un meccanismo indiretto di pressione morale nei confronti dello stesso nelle forme caratteristiche dell'esecuzione forzata sul suo patrimonio, corrispondente allo specifico riconoscimento - in favore del vocante - di una possibilità di accedere in via anticipata agli strumenti esecutivi normalmente operanti a conclusione del processo, diretti in questo caso non solo e non tanto a conseguire l'immediata soddisfazione della pretesa azionata (in ipotesi non ancora accertata), quanto piuttosto ad assicurare la possibilità stessa che il giudizio si svolga attraverso la sostituzione coattiva del soggetto recalcitrante con una parte diversa e come tale disposta a partecipare attivamente all'instaurazione della lite⁹³.

Se il rimedio riconosciuto dal pretore per la mancata cooperazione del convenuto alla chiamata in giudizio consisteva nella sostanza in una possibile «anticipazione» delle procedure dirette all'esecuzione patrimoniale, essendo anzi piuttosto verosimile che la *missio in bona* nei confronti del *vocatus* abbia rappresentato storicamente la prima ipotesi di ricorso a siffatta procedura in luogo delle più severe misure dell'esecuzione personale⁹⁴, deve tuttavia ipotizzarsi che l'esecuzione forzata in tal modo concessa

⁹² Su questa duplice valenza della *missio in bona* nei confronti del *vocatus*, diretta da un lato a incentivarne la costituzione spontanea e dall'altro a superarne indirettamente l'eventuale ostruzionismo, si veda in particolare G. PUGLIESE, *Processo civile romano*, cit. p. 28 e CANNATA, *Profilo*, cit., p. 174 ss.

⁹³ L'accostamento tra le ordinarie procedure di esecuzione patrimoniale e l'ipotesi di immissione nel possesso dei beni del *vocatus* risulta con particolare evidenza dalla summenzionata testimonianza del manuale gaiano (*Gai. 3.78*), ove il giurista riconduce espressamente ambedue le situazioni - come una serie di altri casi in cui può procedersi in concreto alla vendita dei beni di un determinato soggetto - alla più generale ed unitaria categoria delle *bonorum venditiones*. A testimonianza del fatto che nella concessione da parte del pretore della *missio in bona* nei confronti del convenuto resistente alla chiamata deve appunto riconoscersi un'ipotesi particolare del medesimo meccanismo normalmente garantito dall'editto pretorio nei confronti di altri soggetti potenzialmente esposti alla vendita coattiva del loro patrimonio, vale a dire - in definitiva - alle conseguenze universali dell'esecuzione patrimoniale. In generale sulla funzione delle *missiones in possessionem* pretorie e della successiva *bonorum venditio* quali atti della procedura di esecuzione patrimoniale in età formulare v. M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 388 ss. e (con particolare riguardo alla varietà terminologica sul punto) A. BETANCOURT, *La défense pretoria del «missus in possessionem»*, cit., p. 373 ss.

⁹⁴ Che la *bonorum venditio* relativa ai beni del convenuto assente o latitante abbia preceduto storicamente il ricorso alla medesima procedura nelle altre ipotesi in cui essa è testimoniata dalle fonti (prima fra tutte l'esecuzione su beni del *damnatus* o del *confessus* all'esito del giudizio) è tesi oramai diffusa nella dottrina dominante, secondo la quale gli usi più recenti e caratteristici sarebbero appunto il frutto dell'estensione successiva del rimedio a situazioni diverse da quella originaria dell'introduzione della lite. Sul punto può rinviarsi - tra gli altri - a O. CARRELLI, *Per un'ipotesi sull'origine della "bonorum venditio"*, in *SDHI*, 4 (1938), p. 429 ss.; ID., *Ancora sull'origine della "bonorum venditio"*, in *SDHI*, 10 (1944), pp. 302 ss.; M. PILAR ALVAREZ, *Origini e presupposti del concorso di creditori a Roma*, in *TSDP*, 4 (2011), pp. 11 ss. e 34 ss.; I. ANDOLINA, *I presupposti dell'esecuzione forzata in di-*

risultasse concretamente assoggettata - almeno di regola - ad una procedura diversa ed in parte più flessibile, e in particolare che essa non conducesse necessariamente alla vendita dei beni del convenuto resistente, ma potesse in ogni caso interrompersi prima di quel momento con la regolare instaurazione del rapporto processuale. Vista la particolare funzione di tale ricorso anticipato alle procedure esecutive, tendenti in questo caso allo scopo specifico di garantire la comparizione del convenuto nel luogo del giudizio, appare cioè verosimile che la *missio in possessionem* pronunciata dal pretore nei confronti del *vocatus* venisse normalmente concessa soltanto per il tempo e nella misura necessaria ad assicurare l'intervento, assumendo con ciò una natura temporanea ed un'efficacia provvisoria destinata a venir meno - con effetto tendenzialmente retroattivo - non appena si verificano (per effetto della stessa immisione nel possesso o per altra ragione) le condizioni necessarie all'introduzione del giudizio⁹⁵. In ciò differenziandosi evidentemente - quanto meno sotto il profilo degli effetti - dalle ipotesi di ricorso alla medesima procedura di spossessamento e alienazione dei beni del convenuto per l'esecuzione nei suoi confronti di un precedente giudicato, nelle quali la facoltà del *reus* di sottrarsi a posteriori all'esecuzione coattiva deve di regola ritenersi esclusa per lo meno a partire dalla scadenza del termine di trenta giorni indicato nella *missio* (cd. *proscriptio*)⁹⁶. La possibilità di un intervento tardivo del *vocatus* recalcitrante e di una conseguente interruzione (almeno temporanea) degli effetti esecutivi nei suoi confronti disposti appare del resto indirettamente

ritto romano, in *Jus*, 19 (1968), p. 101 ss; M.F. LEPRI, *Note*, cit. p. 54. La priorità storica dell'impiego della *venditio* nell'ipotesi del *vocatus* appare del resto indirettamente suggerita, come variamente osservano gli autori citati, anche dalla particolare successione con cui le diverse ipotesi di ricorso alla stessa vengono elencate nelle fonti che se ne occupano (fra cui *in primis* *Gai.* 3.78), la quale rende verosimile un'analoga sequenza cronologica delle corrispondenti clausole edittali. Sul punto si veda anche A. SCHERILLO, *La "bonorum venditio" come figura di "successio"*, in *Iura*, 4 (1953), p. 205 ss.

⁹⁵ Vale a dire, tendenzialmente, qualora il convenuto inizialmente sottrattosi all'instaurazione del giudizio ritenga di comparire successivamente in tribunale e di assumere, sia pur tardivamente, le proprie difese nei confronti dell'avversario. Sul punto I. BUTI, *Il praetor*, cit., p. 278 ss.

⁹⁶ Sulla tendenziale irreversibilità della procedura esecutiva eventualmente già avviata nel caso del *iudicatus* o in quello del *confessus* v. G. PUGLIESE, *Actio e diritto soggettivo*, cit., p. 364 ss., nonché I. BUTI, *op. ult. cit.*, p. 278. Non è quindi da escludersi che la *missio in possessionem* nei confronti del *vocatus* potesse essere concessa, a differenza di altri casi di applicazione della stessa, senza precisa indicazione di un termine di proscrizione. Spunti in I. ANDOLINA, *I presupposti*, cit., p. 143 e O. CARRELLI, *Per un'ipotesi sull'origine*, cit., p. 453 ss., il quale osserva tra l'altro come l'eventualità di un'interruzione della procedura esecutiva nei casi di "contumacia" attribuibili al *vocatus* possa verosimilmente giustificare anche la complessità degli adempimenti prescritti prima di giungere alla *bonorum venditio*, forse spiegabili proprio in ragione delle particolari situazioni non cooperative per cui essa sarebbe stata inizialmente concessa mentre "non si comprendono nell'esecuzione del giudicato".

confermata anche dalle fonti più generali sulle *missiones in bona*, le quali testimoniano in effetti che la costituzione del convenuto (o di un suo difensore) in un momento successivo alla immissione nel possesso non soltanto era ammessa⁹⁷, ma comportava di regola la cessazione degli effetti negativi della sua condizione, se non addirittura la revoca del precedente decreto di concessione della *missio* e il consecutivo ripristino della procedura contenziosa nei confronti del *vocatus*⁹⁸. Nella maggior parte dei casi, di conseguenza, l'effetto principale dell'immissione nel possesso disposta in queste ipotesi dal magistrato giurisdicente non sarebbe stato quello di avviare un'ordinaria procedura di esecuzione patrimoniale nei confronti dell'assente ovvero del latitante (che pure costituisce anche qui un possibile sbocco del rimedio attribuito), quanto piuttosto - ed in via preferenziale - la creazione di uno stimolo crescente alla costituzione in giudizio finalizzato ad estendere (quanto più possibile) la facoltà del convenuto di adempiere alla chiamata, consentendo allo stesso di prestarsi in ogni momento alla partecipazione spontanea nonostante la sua scelta iniziale di sottrarsi alla lite disertando la chiamata. Anche in quest'ottica, dunque, si rende ancora una volta manifesto che quello concesso dal pretore all'attore frustrato dalla indisponibilità del convenuto a comparire in giudizio è un rimedio processuale che, pur presentando in astratto forme e contenuti essenzialmente «esecutivi»⁹⁹, tende in concreto ad una finalità differente (e tendenzialmente «neutrale» nei confronti della parte interessata), strutturandosi piuttosto come uno strumento provvisorio e di carattere interina-

⁹⁷ Si vedano ad es. D. 8.5.18 (Iul. 6 *ex Min.*): *Is, cuius familia vicinum prohibebat aquam ducere, sui potestatem non faciebat, ne secum agi posset: quaerit actor, quid sibi faciendum esset. Respondi oportere praetorem causa cognita iubere bona adversarii possideri et non ante inde discedere, quam is actori ius aquae ducendae constituisset et si quid, quia aquam ducere prohibitus esset, siccitatibus detrimenti cepisset, veluti si prata arboresve exaruisset*; e D. 42.5.33.1 (Ulp. 3 *Reg.*): *Defendere debitorem sicut ante, quam bona eius possiderentur, licet, ita post bonorum quoque possessionem eius, si-ve ipse sui, si-ve alius defensionem eius suscipiat, debet satisfacere, ut satisfactione interposita iudicium accipiat et a possessione discedatur*. Ulteriori riferimenti testuali in G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio*, cit., p. 132 ss., nonché in I. BUTI, *Il praetor*, cit. p. 279.

⁹⁸ In questo senso sembra deporre, tra gli altri, D. 42.4.5.pr. (Ulp. 59 *ad Ed.*): *Haec autem locum habent, quotiens pupillus non defendatur a quocumque, si-ve a tutore vel curatore, si-ve habeat tutorem pupillus si-ve non habeat: ceterum si existat aliquis, qui defendere sit paratus, cessabit rei servandae causa possessio*. Per il caso particolare dell'immissione nel possesso dei beni di colui che non compare in giudizio *rei publicae causa* si veda D. 42.4.6.1 (Paul. 57 *ad Ed.*), da cui risulta apertamente che in queste ipotesi era normalmente disposto l'arresto della procedura alla fase della *missio in bona*.

⁹⁹ Nel senso della continuità strutturale tra la *missio in bona* nei confronti del *vocatus* assente o latitante e quella riconosciuta a vantaggio dell'attore ai fini e nel contesto delle procedure esecutive si esprime ad esempio L. D'AMATI, *La collaborazione del convenuto*, cit., p. 885, secondo la quale "non si può non richiamare l'attenzione sulla profonda analogia di dette sanzioni con quelle nelle quali lo stesso convenuto sarebbe incorso in seguito ad un *iudicatum* favorevole all'attore".

le operante nell'ambito del processo di cognizione allo scopo di favorirne il normale svolgimento, rispetto al quale la sanzione esecutiva da esso potenzialmente derivante non costituisce una conseguenza necessaria ed immediatamente applicabile a carico del *vocatus*, ma soltanto una possibilità estrema e meramente eventuale sempre superabile dalla sua scelta spontanea (ancorché tardiva) di aderire al giudizio¹⁰⁰.

3.1.2 I presupposti formali dell'intervento pretorio: *absentia e latitatio*

Ciò premesso quanto alla natura e alla funzione del rimedio in parola, occorre a questo punto esaminare con maggiore precisione quali siano i requisiti e le circostanze concrete a cui si ricollega la sua applicazione all'interno del processo. Sinora si è infatti semplicemente evidenziato che il pretore poteva consentire, su richiesta del vocante, l'immissione nel possesso dei beni del convenuto nei confronti del quale non fosse stato possibile perfezionare la *vocatio*, senza tuttavia fornire ulteriori indicazioni circa i casi specifici e le situazioni processuali in cui tale facoltà era effettivamente riconosciuta. Situazioni da cui dipende evidentemente - in larga misura - anche la corretta identificazione delle condotte di parte che questo meccanismo rimediare, così come in precedenza descritto nei suoi caratteri strutturali, contribuisce a reprimere. A tal proposito deve anzitutto osservarsi che, mentre alcune delle fonti richiamate sembrano riferire la concessione della *missio* nei confronti del *vocatus* ai soli casi in cui quest'ultimo possa dirsi latitante (*qui fraudationis causa latitabit*), altre appaiono piuttosto accostare quest'ultima situazione a quella di chi è semplicemente assente al momento della chiamata e non assume pertanto le proprie difese nel contesto del processo (*qui fraudationis causa latitant nec absentes defenduntur*)¹⁰¹. Due appaiono quindi - sulla scorta di tali testimonianze parzialmente incoerenti - le situazioni processuali a cui può in concreto ricollegarsi il rimedio pretorio della immissione nel possesso, le quali sembrano tra l'altro corrispondere ad altrettanti e ben

¹⁰⁰ Sul carattere eminentemente provvisorio della *missio in possessionem* nei confronti del *vocatus* si veda anche M. KASER, *Rec. a G. Provera, Il principio del contraddittorio*, cit. pp. 231 ss.

¹⁰¹ L'associazione tra la figura dell'*absens* e quella del *latitans* compare a ben vedere unicamente nel richiamato frammento delle Istituzioni di Gaio, mentre sia il testo di Ulpiano che la più articolata testimonianza offerta da Cicerone sembrano invero riferirsi in maniera esclusiva (oltre che in termini pressoché equivalenti) alla situazione di colui che *fraudationis causa latitat*, senza accennare in alcun modo ai rapporti tra quest'ultima e la semplice assenza. Sulla differenza tra le diverse testimonianze e sui possibili significati ad essa riconducibili si tornerà più ampiamente *infra* nel corso dell'indagine.

diversi comportamenti del *vocatus* di fronte alla chiamata posta in essere dall'attore: da un lato la condotta genericamente individuata dal verbo *latitare* ed associata dalle fonti ad una non meglio definita *causa fraudationis*; dall'altro quella (all'apparenza secondaria e consecutiva alla prima¹⁰²) di chi non si difende in giudizio al cospetto del magistrato in quanto assente in tribunale contestualmente all'altra parte. Del tutto imprecisati alla luce delle fonti rimangono invece tanto il contenuto più specifico delle descritte situazioni (che non vengono altrimenti qualificate se non con un generico richiamo alle parole dell'editto), quanto i rapporti tra le stesse ai fini del rilascio della *missio in possessionem*, posto che alla luce dei testi che si sono richiamati siffatta conseguenza sembra discendere - indifferentemente - da ambedue le situazioni. Ai fini di una corretta comprensione dei presupposti applicativi del meccanismo pretorio del quale si tratta, appare a questo punto indispensabile valutare separatamente le due situazioni individuate dalle fonti quali precondizioni per la concessione dello stesso, ricostruendone più esattamente il contenuto (anche sulla base di testimonianze diverse da quelle relative allo specifico editto *qui fraudationis causa latitabit*) e individuando in tal modo - laddove sussistano - anche le eventuali differenze nel trattamento delle stesse in ordine all'ampiezza e all'efficacia concreta della tutela pretoria.

Con l'espressione *latitatio* (ed i suoi derivati) le fonti giuridiche si riferiscono di regola a una varietà di condotte o circostanze di fatto caratterizzate dalla volontà di un determinato soggetto di sottrarsi a una situazione o di evitarne le conseguenze per sé sfavorevoli, come nel caso di chi fugga o si nasconda in qualche luogo per impedire ad un terzo di conseguire qualcosa¹⁰³. Così in D. 35.1.8, Papiniano, nel descrivere le

¹⁰² Si noti infatti che, nell'unica testimonianza gaiana che richiama espressamente siffatto comportamento accanto a quello del convenuto rimasto latitante, l'assenza in giudizio e la conseguente mancata *defensio* appaiono presentate come una conseguenza diretta della precedente latitanza (*latitant... nec absentes defenduntur*), e non tanto come una situazione processuale alternativa a quest'ultima.

¹⁰³ Eloquentemente in tal senso, seppur riferita ad un'epoca successiva a quella che interessa la presente trattazione, è la testimonianza di D. 26.4.1.3 (Ulp. 14 *ad Sab.*): *Interdum autem etiam sine hereditate tutela defertur, interdum hereditas sine tutela, ut puta in eo qui latitavit, cum servum suum rogatus esset manumittere [...]*, da cui emerge con relativa chiarezza come il comportamento di colui che *latitavit* consista sostanzialmente nel sottrarsi in modo volontario ad un'attività svantaggiosa per sé e vantaggiosa per altri (in questo caso la manumissione di uno schiavo che il padrone non intende liberare). Nel medesimo testo segue del resto, a conferma di ciò, l'espressa qualificazione di tale condotta quale tergiversazione volta ad impedire il risultato non voluto (*Nam generaliter divus Pius rescripsit Aurelio ius patroni eum non habere, his verbis: plane tergiversatio eorum qui subvertere fideicommissam libertatem velint, eo modo puniatur, ne ius patroni adquirent in eo, quem liberum esse nolunt*).

conseguenze di un legato sottoposto alla condizione per cui la madre deve rimanere con i figli, afferma che quest'ultima è da intendersi avverata anche laddove la donna abbia abbandonato la casa per evitare il patrono (*si ea latitans patronum de medio discessit*), posto che siffatta volontà di sottrarsi personalmente alla potestà del marito non esclude quella più specifica di rimanere con i figli¹⁰⁴. In D. 38.17.2.41, analogamente, Ulpiano definisce *latitantes* coloro che, essendo stati nominati tutori di un figlio impubere su richiesta della madre, si rendano indisponibili a esercitare la tutela che è stata loro affidata ed espongano pertanto la madre medesima alle sanzioni previste per l'inottemperanza dell'obbligo della *postulatio tutoris*, salvo poi precisare che - di fronte a questi casi - l'applicabilità della suddetta sanzione nei confronti della madre è tutt'altro che pacifica¹⁰⁵. Ad ulteriore conferma che ciò che contraddistingue propriamente la *latitatio* quale condotta specifica e meritevole di sanzione è in primo luogo il compimento di un'attività volontaria finalizzata a sottrarsi all'adempimento di un dovere e consapevolmente comportante un corrispondente svantaggio a carico di un soggetto diverso; sia esso la stessa parte nel cui interesse il dovere prescritto doveva essere adempiuto ovvero un soggetto ulteriore ma comunque danneggiato dalla cosciente omissione e dalla conseguente impossibilità di essere soddisfatto¹⁰⁶.

¹⁰⁴ D. 35.1.8 (Pap. 5 ad Sab.): *Si quis ita legaverit: "dum uxor mea cum filio erit, heres meus ei tantum dato", si ea latitans patronum de medio discessit, ut tamen consilium retineret habendi secum liberos, debere ei legatum Trebatius et Labeo aiunt, quia non omne momentum exigendum sit ut cum liberis sit, sed si eam mentem et id propositum habeat, ne filium a semet dimittat neve per eam stet, quo minus cum ea filius educetur*; ove il termine *latitans* si riferisce evidentemente al comportamento consapevole della madre che sceglie di allontanarsi dalla casa familiare onde evitare il marito.

¹⁰⁵ D. 38.17.3.41 (Ulp. 12 ad Sab.): *Sed quod diximus "reieci" utrum sic accipimus "a praetore non dati" an et si suspecti fuerint remoti vel ob negligentiam vel ignaviam repulsi? Etiam hos quis reiectos recte dicet. Ergo et si latitent? Sed longum est: nam nec hoc ei imputetur, cur suspectos non fecit: alioquin et si latitarent, potuit edicto desiderare ut eos praetor adesse iuberet et suspectos eos removeret, si deessententiarum*. Il frammento si riferisce evidentemente al regime dei diritti e i doveri della madre nel contesto della successione *ab intestato* nei confronti dei figli così come introdotto dal noto *S.C. Tertullianum*, il quale prevedeva appunto - a fronte del diritto a succedere riconosciuto alla madre - un obbligo della stessa di provvedere alla nomina di idonei tutori. In proposito si rinvia a F. MERCOGLIANO, *La condizione giuridica della donna romana*, in *TSDP*, 4 (2011), pp. 1 ss.

¹⁰⁶ In questo senso può inoltre rinviarsi agli impieghi del termine nella lingua letteraria, dai quali traspire in effetti - non diversamente da quanto finora osservato per le fonti giuridiche - un'immagine della *latitatio* come specifica volontà di nascondersi con malizia da una situazione sfavorevole o di sottrarsi in ogni modo alle attenzioni di qualcuno: si vedano ad es. Plaut, *Trinum.*, 4.2.81: *Ille ignavissimus mihi latitabat*; Cic., *De domo sua*, 31.83: *Quaere haec ex Clodio, scriptorem legum tuarum, iube adesse; latitat omnino, sed si requiri iusseris, invenient homines apud sororem tuam occultantem se capite demisso*. Più ampi riferimenti in E. FORCELLINI, voci "*latito*" e "*latitare*", in *Totius Latinitatis Lexicon* cit., p. 39. L'etimologia del termine si conserva così, in una certa misura, anche nell'uso mo-

La medesima connotazione volontaria e coscientemente lesiva della condotta del latitante appare del resto confermata - senza troppe variazioni - anche dalle fonti più specificamente riferite all'introduzione del giudizio, le quali suggeriscono in effetti che la nozione di *latitatio* nel contesto del processo corrisponda a quelle condotte della parte convenuta che, di fronte alla *vocatio* effettuata dall'attore, non si limiti a sottrarsi oggettivamente alla chiamata (impedendo di fatto la sua attuazione), ma lo faccia con l'intento specifico e manifesto di nuocere in questo modo all'interesse dell'avversario. A testimonianza di siffatta accezione si consideri in particolare:

D. 42.5.36 (Ulp. 59 ad Sab.)

Eum, qui circa columnas se occultet, ut creditorem evitet, latitare placet: nam et eum, qui recedit, hoc est qui supterfugit, ne secum aliqua actio moveatur, latitare placet: tam et qui urbe profugit, utique fraudandi causa: nec enim interest, quod attinet ad latitandum, utrum quis profugerit an vero Romae agens copiam sui non facit.

E ancora (più in generale):

D. 42.4.7.8-9 (Ulp. 59 ad Ed.)

Latitare autem est cum tractu aliquo latere, quemadmodum factitare frequenter facere. Adeo autem latitatio animum et affectum occultantis se desiderat, ut recte dictum sit furiosum hinc venditionem pati non posse, quia non se occultat, qui suus non est.

Secondo la testimonianza che ci è offerta da queste fonti, affinché il convenuto possa dirsi latitante - e sia dunque assoggettabile alla corrispondente sanzione predisposta nell'editto - non basta pertanto che egli rifugga di fronte all'avversario o si nasconda dallo stesso per evitare la chiamata, ma occorre anche che compia ogni atto e comportamento possibile al fine di impedire l'esercizio dell'azione, come chi si nasconda tra le colonne del foro per evitare un creditore (*qui se circa columnas occultet*), sgat-

derno del termine «latitare» e dei suoi derivati (latitanza, latitante), che, essendo impiegati per indicare la condizione di chi si sottrae consapevolmente all'esecuzione di una condanna sfuggendo alla stessa e rendendosi irreperibile (cfr. ad es. l'art. 296 C.p.p.), continuano ad alludere - sia pur in termini più formalizzati - a situazioni specifiche in cui la soddisfazione di un interesse meritevole di tutela risulta in concreto impedita o resa meno agevole dal tentativo volontario di un soggetto di opporsi alla stessa.

taioi furtivamente per fuggire dalla città (*qui recedit, hoc est qui superfugit...et urbe profugit*), o ancora - come il protagonista del secondo frammento - si mantenga nascosto per un lungo periodo (*cum tractu aliquo latere*) affinché la chiamata non possa raggiungerlo in pubblico¹⁰⁷. Comportamenti che, oltre a impedire obiettivamente il perfezionamento della *vocatio*, rendono manifesta la volontà del *vocatus* di frustrare maliziosamente e in ogni maniera l'interesse dell'avversario all'instaurazione della lite. Le fonti precisano inoltre - quasi ad ulteriore conferma di quanto finora osservato - che per essere latitanti non occorre senz'altro allontanarsi materialmente dal luogo del giudizio, ben potendo accadere che il convenuto si dimostri latitante pur rimanendo entro le mura cittadine (*in eadem civitatem*), così come - viceversa - che egli non latiti pur trovandosi in un luogo differente (*in alia civitate*)¹⁰⁸; come a dire che ciò che conta per potersi dire latitanti in relazione ad un processo è unicamente l'atteggiamento volontario riconducibile al convenuto di non rendersi disponibile a ricevere la chiamata, a prescindere dal luogo o dalle concrete circostanze con cui ciò si verifica (prima fra tutte, appunto, la presenza fisica nel luogo del processo).

La latitanza si caratterizza così, al pari della *calumnia* di cui ci si è occupati in precedenza nel capitolo riguardante la litigiosità temeraria¹⁰⁹, principalmente nei termini di una «condizione dello spirito», vale a dire come uno stato psicologico che accompagna la condotta del convenuto che si nasconde e che colora la stessa di un elemento soggettivo parimenti essenziale a identificarne la sostanza. Anche in questo caso, inoltre - così come in quello del litigante *calumniator* - non si tratta semplicemente di una generica intenzione di danneggiare l'avversario, bensì (come si è visto) di un atteggiamento consapevole e deliberatamente lesivo che potrebbe definirsi quale un

¹⁰⁷ Può immaginarsi al proposito la situazione del convenuto smalizzato che (magari approfittando del richiamato precetto decemvirale che vietava la *vocatio* presso la casa del convenuto) si rinchiusesse stabilmente nel proprio domicilio evitando di comparire in pubblico in presenza dell'attore. A un caso di questo tipo sembra alludere, se non altro indirettamente, D. 2.4.19 (Paul. 1 *ad Ed.*): *Satisque poenae subire eum, si non defendatur et latitet, certum est, quod mittitur adversarius in possessionem bonorum eius. Sed si aditum ad se praestet aut ex publico conspiciatur, recte in ius vocari eum Iulianus ait.*

¹⁰⁸ D. 42.4.7.13 (Ulp. 59 *ad Ed.*): *Illud sciendum est posse quem in eadem civitate esse et latitare, et in alia civitate et non latitare. Etenim qui in alia civitate sit copiamque sui faciat in publico ibique pateat an latitet videamus. Et hodie hoc iure utimur ut sive quis eodem loci agat sive peregre agat si tamen occursum creditoris evitet, latitare videatur*; da cui risulta chiaramente (al pari di quanto è apparso ricavabile dai frammenti precedenti) che è latitante chi evita scientemente di apparire in pubblico.

¹⁰⁹ *Supra*, Cap. II, pp. 79 ss.

«dolo specifico», corrispondente a ciò che le medesime fonti che si sono richiamate qualificano eloquentemente come *causa fraudationis*: alludendo con ciò alla significativa circostanza che, affinché il convenuto possa dirsi latitante, egli deve aver agito (fuggendo e nascondendosi) con l'intento cosciente di frodare l'avversario, che diviene in tal senso un elemento essenziale al fine di identificare le relative condotte¹¹⁰. Laddove esso manchi, di conseguenza, il comportamento del convenuto (ancorché potenzialmente idoneo a impedire il giudizio) non potrà qualificarsi nei termini suddetti quale autentica di latitanza ma assumerà semmai una diversa connotazione, come si desume - *a contrario* - dal fatto che il medesimo Ulpiano escluda espressamente la condizione in esame nel caso del convenuto - già presente in giudizio - ma che rifiuti per qualche ragione di accettare lo stesso, il quale non agisce evidentemente *fraudationis causa* allo scopo di evitare la citazione dell'avversario ma acquista tutt'al più il ruolo di *indefensus* nel quadro di un giudizio validamente costituito¹¹¹. Come non può esservi latitanza senza che la chiamata in giudizio venga in concreto preclusa dall'agire del convenuto, quest'ultimo deve pertanto risultare soggettivamente orientato da uno specifico animo dilatorio ed ostruzionistico (ben espresso, in tal senso, dall'endiadi *animo et affecto* impiegata dalle fonti)¹¹² volto ad impedire o quanto meno a ritardare la costituzione del giudizio in frode all'altra parte e con la puntuale coscienza che quest'ultima ne riceve una corrispondente lesione¹¹³.

¹¹⁰ Al punto che, secondo quanto si legge in un altro dei passi del resoconto ulpiano (D. 42.4.7.5), la latitanza con un intento diverso da quello di ingannare il proprio avversario non è sufficiente a garantire l'accesso alla tutela pretoria: *Sed is, qui fraudationis causa latitet, non tamen propter creditores, etsi haec latitatio creditores fraudet, in ea tamen erit causa, ne hinc possideri bona eius possint, quia non hoc animo latitet, ut fraudet creditores: animus enim latitantis quaeritur, quo animo latitet, ut fraudet creditores an alia ex causa*. Sul passo in oggetto I. BUTI, *Il praetor*, cit., p. 271 e nt. 160, il quale giudica non preclusivi - sotto questo profilo - i sospetti di interpolazione contro di esso sollevati.

¹¹¹ Per le differenze tra la posizione del latitante e quella dell'*indefensus* all'interno del processo si veda più ampiamente M.F. LEPRI, *A proposito della cosiddetta indefensio nelle azioni in rem*, cit.; nonché ID., *Note sulla natura giuridica delle missiones in possessionem*, cit., *passim*.

¹¹² In quest'ottica può rinviarsi, oltre che ai frammenti già sopra richiamati, a D. 42.4.7.2 (Ulp. 59 *ad Ed.*): *Cum hoc edictum locum habeat, non sufficit latitare, sed et necesse est fraudationis causa id fieri: neque quod fraudationis causa sine latitatione fit, satis est ad possessionem et venditionem, sed oportet fraudationis causa latitare. et est frequentissima haec causa possessionis: nam in usu latitantium bona possidentur*. Sul punto si veda anche L. D'AMATI, *Sulla cooperazione*, cit., p. 875. Appare tra l'altro significativo che il lessico in tal modo impiegato per definire la *causa fraudationis* caratteristica del latitante sia il medesimo che si è visto riferito all'attore calunnioso (*calumnia est in affectu*).

¹¹³ Eloquente in questo senso anche l'esplicito accostamento tra l'atteggiamento del latitante e l'attività del *ludificare* (ingannare, canzonare) contenuta nel frammento dell'orazione ciceroniana già sopra riportato (Cic., *Pro Quinct.* 17.24: *Profecto, si recte vestram bonitatem atque prudentiam cognovi, non*

Assai più problematica - specie in ragione della maggiore incertezza delle testimonianze al riguardo - appare per contro la puntuale ricostruzione del secondo dei concetti utilizzati dalle fonti nel definire la portata del rimedio pretorio, vale a dire (come si è già anticipato) la condizione del *vocatus* che non compare in giudizio in quanto *absens defensus non fuerit*, la quale può in tal senso qualificarsi, sostantivando l'espressione impiegata dai testi, in termini di *absentia* della parte convenuta. Non soltanto, infatti, la nozione in esame si trova impiegata in un numero assai maggiore di contesti e situazioni differenti (ciò che rende difficoltoso identificarne correttamente le emersioni rilevanti), ma appare invero assumere - a seconda dei casi - una notevole varietà di significati e sfumature non sempre coerenti¹¹⁴. *Absens* viene anzitutto definito - in termini generici - colui che semplicemente non sia presente in un determinato luogo e in un momento specifico, a prescindere dalle conseguenze (più o meno gravose) derivanti dall'assenza così come dalle ragioni oggettive e soggettive dalle quali la stessa può in concreto dipendere¹¹⁵. Altre volte, l'assenza sembra invece riferirsi - in maniera parzialmente più specifica - alla mancanza di un soggetto in un contesto particolare in cui sarebbe invece necessaria la presenza dello stesso allo scopo di conseguire un determinato risultato (ad es. la conclusione di un negozio), con l'ulteriore conseguenza che - nei medesimi casi - siffatta circostanza si configura alla stregua di un elemento impeditivo o altrimenti minatorio del risultato perseguito¹¹⁶. In altre situazioni ancora, infine, il medesimo termine (o espressioni composite comprendenti lo stesso) appare più che altro riferirsi - seppur nella varietà delle formulazioni impiegate - al difetto di una circostanza specifica o di un elemento costitutivo da cui dipende l'integrazione di una determinata fattispecie, come nel caso in cui viene segnalata la carenza di un qualsivoglia requisito soggettivo od oggettivo o dei

multum me fallit, si consulamini, quid sitis responsuri: primum exspectare, deinde, si latitare ac diutius ludificare videatur, amicos convenire, quaerere quis procurator sit, domum denuntiare [...]).

¹¹⁴ PUGLIESE, *Il processo civile*, cit., p. 29 e 44, si riferisce in tal senso alla nozione di *absentia* come ad un concetto "variabile" a seconda del contesto e delle specifiche finalità con cui viene utilizzato. Analogamente G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio*, p. 88 nt. 6 e D'AMATI, *op.ult.cit.*, p. 871.

¹¹⁵ Per questo significato più generale si veda E. FORCELLINI, "*Absentia*", in *Totius Latinitatis Lexicon*, cit. Per le fonti letterarie - tra gli altri - Plin., *Ep.* 6.4; Cic., *Ad Att.*, 14; Quint., *Inst.*, 4.2.70.

¹¹⁶ Così - almeno all'apparenza - in D. 1.7.24 (Ulp. *1 ad Disp.*): *Neque absens neque dissentiens adrogari potest*; e in Just. *Inst.* 3.12.12: *Verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est*. Ulteriori riferimenti alle fonti in B. HEUMANN, E. SECKL, "*Absentia*", in *Handlexikon*, cit.

presupposti edittali per l'esercizio di un'azione¹¹⁷. Il tutto, peraltro, senza che la differente frequenza delle accezioni richiamate consenta di stabilire quale tra le stesse sia maggiormente coerente con la valenza più intrinseca del concetto utilizzato.

Limitando l'attenzione ai passaggi delle fonti in cui il termine in esame compare più specificamente in relazione al processo, cionondimeno, è possibile individuarne - con una certa approssimazione - il significato più propriamente «tecnico» della nozione di *absentia* che interessa in questa sede, vale a dire il particolare contenuto che il separato riferimento a quest'ultima, accanto alla più specifica fattispecie della *latitatio* processuale, appare assumere in concreto nell'editto del pretore nei confronti del convenuto che non compaia in giudizio disertando la chiamata ed impedendo la lite¹¹⁸. A questo proposito, rilevano in particolare:

D. 40.5.51.5 (Marc. 9 *Inst.*)

Abesse autem is intellegitur, qui a tribunali abest.

e

D. 50.16.199 (Ulp. 8 *De omn. Trib.*)

"Absentem" accipere debemus eum, qui non est eo loci, in quo loco petitur: non enim trans mare absentem desideramus: et si forte extra continentia urbis sit, abest. Ceterum usque ad continentia non abesse videbitur, si non latitet. Abesse non videtur, qui ab hostibus captus est, sed qui a latronibus detinetur.

Nel primo dei due passi in questo modo avvicinati, Marciano osserva - con assoluta sinteticità - che si considera essere assente ai fini del processo (*abesse*) chiunque non

¹¹⁷ Si vedano ad es. D. 21.1.17.20 (Ulp. 1 *ad Ed. Aed. Cur.*): *Si quis adfirmaverit aliquid adesse servo nec adsit, vel abesse et adsit, ut puta si dixerit furem non esse et fur sit, si dixerit artificem esse et non sit [...]* e a D. 44.7.20 (Alf. 2 *Dig.*): *Sed si aliqua rixa ex litibus et contentione nata esset aut aliqua vis iuris retinendi causa facta esset et ab his rebus facinus abesset, tum non convenit praetorem, quod servus iussu domini fecisset, de ea re in liberum iudicium dare*, ove il termine *de quo* appare rispettivamente riferito all'assenza - in capo allo schiavo - delle qualità promesse al momento della vendita e al difetto del presupposto dell'intenzione criminosa da parte dello schiavo che esclude la concessione di un'azione penale nei confronti dello stesso qualora egli abbia agito su indicazione del padrone.

¹¹⁸ In senso favorevole alla possibilità di identificare - nonostante l'evidente ambiguità dei suoi impieghi nelle fonti - un significato specifico della nozione in esame in relazione alla clausola *qui fraudationis causa latitant nec absentes defenduntur*, anche I. BUTI, *Il praetor*, cit., p. 273.

sia presente in tribunale quando quest'ultimo si svolge (*qui a tribunali abest*), con una constatazione - di per sé quasi tautologica - che altro non esprime (nella sua brevità) se non che l'assenza deve verosimilmente qualificarsi come una situazione processuale di pragmatica evidenza e di assoluta immediatezza, caratterizzata unicamente dalla relativa semplicità dei suoi presupposti, consistenti - in buona sostanza - nell'irreperibilità del *vocatus* al momento del giudizio. Più specifiche e argomentate appaiono invece le considerazioni contenute nel secondo frammento, il quale, se da un lato ribadisce che per assente deve intendersi colui che non si trova nel luogo del giudizio al momento della chiamata (*eum, qui non est eo loci, in quo loco petitur*)¹¹⁹, dall'altro precisa con maggiore ampiezza che a tal fine non è necessaria una particolare distanza dalla sede del processo (*non trans mare absentem desideramus*) ma è sufficiente anche una lontananza di minore entità (come quella di chi si trovi al di fuori il perimetro della città, mentre al suo interno occorre che il convenuto sia al tempo stesso latitante¹²⁰), oltre ad evidenziare - in aggiunta a quanto già detto - che non può considerarsi assente nel senso proprio del termine nemmeno chi non compare in giudizio in quanto in preda dei nemici (*qui ab hostibus captus est*), mentre lo è in ogni caso, e al contrario, chi sia detenuto dai briganti (*qui a latronibus detinetur*). Comune ad entrambe le testimonianze richiamate, infine, è l'assenza di qualsivoglia riferimento - diretto o indiretto - alle motivazioni specifiche dell'irreperibilità del *vocatus*, le quali appaiono in tal senso risultare del tutto indifferenti tanto ai fini della qualificazione dello stesso come assente nel processo quanto in ordine all'eventuale applicazione nei suoi confronti delle relative sanzioni ad opera del pretore. Il significato processuale della nozione di *absentia* come delineata dalle fonti sembra così po-

¹¹⁹ La medesima conclusione - con l'aggiunta di un riferimento alla garanzia preliminare della *denuntiatio domi* (offerta dal pretore in favore del *vocatus* che potrebbe altrimenti non essere a conoscenza della chiamata) - si ritrova anche in D. 39.2.4.5 (Ulp. 1 *ad Ed.*): *Praetor ait: dum ei qui aberit, prius domum denuntuari iubeam. Absesse autem videtur et qui in iure non est; quod et Pomponius probat.* Sul punto M. KASER, *Prätor und Judex im römischen Zivilprozeß*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 33 (1965), p. 95 ss. e A. GOMEZ-IGLESIAS-CASAL, *Citacion y comparecencia*, cit., p. 36.

¹²⁰ Secondo I. BUTI, *Il praetor*, op. cit., p. 274, nt. 169, il riferimento alla *latitatio* in conclusione del frammento sarebbe verosimilmente il frutto di un'aggiunta successiva, come risulterebbe in particolare del fatto che essa introdurrebbe "una commistione tra assenza e latitanza" non coerente con le altre fonti che si occupano del tema. Il semplice richiamo alla condizione del latitante nel contesto cittadino non appare invero necessariamente spurio, posto che l'immagine è ripresa (come si è visto) anche dai passi più specificamente riferiti alla *latitatio* e al suo carattere doloso, potendosi semmai dubitare della genuinità dell'esplicito collegamento con l'assenza. Difficilmente intuibili appaiono inoltre le ragioni per cui i glossatori avrebbero introdotto un simile accostamento non coerente con l'impianto del passo.

tersi ricavare - per contrapposizione (o «in negativo») - a partire dalla diversa qualificazione, offerta dalle stesse, del convenuto latitante: se la condizione di quest'ultimo appare qualificata, come si è detto, principalmente in funzione del carattere fraudolento della condotta impeditiva della chiamata in giudizio, vale a dire da quell'*animus fraudandi* che si è visto connotare il comportamento del latitante, la posizione dell'assente risulta piuttosto individuata da un presupposto fondamentale di carattere obiettivo, caratterizzandosi per la semplice circostanza di fatto che il giudizio non possa regolarmente costituirsi a causa dell'irraggiungibilità fisica del *vocatus* al momento della chiamata, valutata come tale in una chiave puramente oggettiva e a prescindere da qualsivoglia considerazione di natura soggettiva circa l'atteggiamento psicologico imputabile all'assente¹²¹. Non solo, dunque, ai fini della condizione in oggetto non occorre alcuna specifica intenzione di danneggiare l'avversario, ma più in generale non rileva in alcun modo il carattere doloso o del tutto incolpevole della condotta del *vocatus*, né si attribuisce rilevanza specifica ad elementi ulteriori diversi dalla pura e semplice mancata comparizione nel luogo della *vocatio*, al punto che (come si è visto essere precisato direttamente dalle fonti) si considera assente - e quindi sanzionabile - financo chi non possa essere chiamato a comparire in tribunale in quanto sia stato per avventura catturato dai *latrones* e tenuto prigioniero¹²²; circostanza che, dipendendo evidentemente da una causa di forza maggiore sottratta al controllo della parte convenuta, non potrebbe di certo imputarsi alla stessa.

Ad ulteriore conferma di siffatta connotazione eminentemente obiettiva dell'*absentia* processuale, può leggersi peraltro - *a contrario* - la testimonianza di quei passi che, nel confrontare direttamente la situazione dell'assente con quella del latitante, concludono nel senso che il convenuto può ritenersi *defensus* (e non risulta pertanto assente nel senso tecnico del termine) anche laddove la sua mancanza in tribunale non

¹²¹ Nello stesso senso, oltre che agli autori già citati, può rinviarsi a C.A.CANNATA, *Profilo*, cit., p.167.

¹²² Più problematica, in tal senso, appare l'esclusione dell'assenza processuale nel caso del convenuto catturato dai nemici, la quale può tuttavia verosimilmente spiegarsi alla luce della particolare condizione del prigioniero di guerra secondo la prassi del diritto internazionale, che imponendo una perdita parziale di capacità giuridica in capo al non implica necessariamente una valutazione soggettiva della sua assenza nel processo in termini di dolo o colpa. Sul punto v. anche L. D'AMATI, *Sulla cooperazione*, cit., p. 872-873 e L. AMIRANTE, *Ancora sulla captivitas e il postliminium*, Milano, 1955, *passim*. Più in generale sul tema B. PERIÑAN GÓMEZ, *Un estudio sobre la ausencia en Derecho romano: Absentia y postliminium*, Granada, 2000. *Contra* I. BUTI, *Il praetor*, cit., p. 275 nt. 171, il quale individua cionondimeno in siffatta precisazione delle fonti una parziale eccezione al principio generale per cui la valutazione dell'assenza avviene di regola in una chiave essenzialmente obiettiva.

renda in alcun modo deteriore la posizione della sua controparte, come ben potrebbe avvenire (per quanto l'ipotesi sia ovviamente infrequente) proprio in ragione del fatto che l'assente, a differenza del latitante, non agisce necessariamente con l'intenzione specifica di danneggiare l'avversario, ma si limita a non essere presente nel luogo del giudizio qualora questi effettui la chiamata. A tal riguardo, si consideri in particolare:

D. 42.4.2. pr.-3 (Ulp. 4 *ad Ed.*)

pr. Praetor ait: "In bona eius, qui iudicio sistendi causa fideiussorem dedit, si neque potestatem sui faciet neque defenderetur, iri iubebo". 1. Potestatem autem sui non facit, qui id agit, ne adversarius eius copiam sui habeat: ergo latitantis bona iubet possideri. 2. Quid si non latitet, sed absens non defendatur? Nonne videtur potestatem sui non facere? 3. Defendi autem videtur, qui per absentiam suam in nullo deteriore causam adversarii faciat [...].

Il frammento, tratto - al pari dei precedenti - dal commentario di Ulpiano all'editto del pretore, si riferisce in sintesi alla questione fondamentale di che cosa risulti concretamente necessario affinché il *vocatus* che non è latitante possa cionondimeno considerarsi processualmente inerte in quanto non si è reso personalmente disponibile alla costituzione del giudizio (*Quid si non latitet, sed absens non defendatur? Nonne videtur potestatem sui non facere?*). La risposta fornita dal giurista è appunto quella che può ritenersi assente, ai fini specifici dell'intervento pretorio, unicamente colui che abbia in questo modo determinato un impedimento all'azione e un conseguenziale inconveniente a carico del vocante (*Defendi autem videtur, qui per absentiam suam in nullo deteriore causam adversarii faciat*), ribadendo con ciò (se non altro indirettamente) che l'elemento distintivo dello status di assente come rappresentato dalle fonti è costituito dalla semplice impossibilità di procedere al giudizio per l'irreperibilità del *vocatus*, senza che a tal fine sia necessaria un'ulteriore e più approfondita indagine in ordine alle motivazioni di carattere soggettivo di siffatta impossibilità¹²³. Ciò che testimonia - ancora una volta - come la latitanza e l'assenza,

¹²³ Il testo prosegue poi con una spiegazione (presumibilmente interpolata) del significato del verbo *defenderetur* impiegato nell'editto. Ulteriori osservazioni sul frammento in esame in I. BUTI, *Il praetor*, cit., p. 276-277. Nel senso di una indiretta rilevanza della mancanza di un'utilità dannosa facente capo

pur essendo accomunate dalla situazione di stasi che le stesse determinano in relazione al processo (ossia - in ultima analisi - dal fatto di precludere l'instaurazione del giudizio e di impedire con questo la soddisfazione dell'avversario)¹²⁴, si differenzino significativamente sotto il diverso profilo della valenza psicologica delle rispettive condotte, posto che la prima richiede in ogni caso un danneggiamento volontario dell'interesse dell'attore alla costituzione del giudizio, mentre per la seconda risulta necessaria - ma al tempo stesso sufficiente - la circostanza obiettiva di siffatto danneggiamento. Laddove la latitanza presuppone che nei confronti dell'indisponibilità del convenuto a comparire in giudizio possa esprimersi una valutazione negativa sotto il profilo morale (derivante dalla puntuale intenzione di sottrarsi in questo modo alla decisione della lite) - in altri termini - nel diverso caso della semplice assenza al momento della chiamata una simile valutazione rimane di per sé completamente indifferente, bastando ad integrarla il fatto stesso dell'ineseguibilità della *vocatio* per la lontananza del chiamato dal luogo del giudizio o per la sua irreperibilità al momento della *vocatio* medesima, purché l'una o l'altra non vengano da lui stesso volontariamente determinate con l'intenzione fraudolenta di danneggiare l'avversario che connota invece - nei termini suddetti - la diversa e più grave posizione del latitante¹²⁵.

Del tutto identiche appaiono invece - quanto meno ad un esame superficiale della testimonianza delle fonti finora richiamate - le conseguenze pratiche delle due situazioni come disciplinate nelle clausole dell'editto alle stesse rispettivamente dedicate¹²⁶. Per quanto queste ultime si riferiscano disgiuntamente, come appena osservato,

all'autore quale elemento qualificante delle condotte sanzionate in quanto dolose o abusive sembra potersi leggere anche D. 24.1.45 (Ulp. 17 *ad Ed.*). Sul punto v. anche F. DE MARTINO, *Individualismo e diritto romano privato*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, II, XVI (1941) pp. 31 ss.

¹²⁴ Circostanza, questa, che viene espressa efficacemente - anche nel frammento da ultimo richiamato - mediante l'impiego (tanto nel caso dell'*absentia* quanto in quello della *latitatio*) dell'espressione *potestatem suam non facere* con riferimento al contenuto del comportamento del *vocatus* che impedisca in concreto l'attuazione della chiamata, ad indicare appunto che, a prescindere dalle diverse intenzioni che possono muoverlo in tal senso, la sostanza del suo agire processuale nei confronti dell'avversario consiste, né più né meno, che nel «rendersi indisponibile» alla prosecuzione del giudizio.

¹²⁵ Così, tra gli altri, A. GOMEZ-IGLESIAS-CASAL, *Citacion y comparecencia*, cit., pp. 139 ss., secondo il quale la semplice assenza si differenzerebbe inoltre dalla *latitatio* processuale, oltre che per la suddetta indifferenza dell'elemento soggettivo, anche per il fatto che essa richiederebbe in ogni caso la lontananza del *vocatus* dall'ambito di giurisdizione del magistrato, mentre il latitante (proprio in virtù dell'elemento doloso) potrebbe trovarsi indifferentemente dentro o fuori di tale sfera di influenza.

¹²⁶ Ciò ammettendo che si trattasse effettivamente di due clausole distinte e non piuttosto di un'unica clausola riferita congiuntamente ad entrambe le ipotesi. La tesi differenziale è stata sostenuta in modo

tanto alla condizione del convenuto latitante quanto a quella (obiettiva) dell'assente puro e semplice (ossia - da un lato - alla condotta di colui *qui fraudationis causa latitat* e - dall'altro - a quella del *vocatus absens* e *indefensus*), sotto il profilo degli effetti giuridici alle stesse collegati, il precetto del pretore sembra infatti ricollegare l'applicazione indifferenziata del medesimo rimedio, vale a dire - come si è visto - l'immissione del vocante insoddisfatto nel possesso di tutti i beni del convenuto irreperibile, seguita - in caso di persistente resistenza da parte di quest'ultimo - dalla eventuale *venditio* dei medesimi beni in favore dei suoi diversi creditori (*eius bona possideri vendique iubebo*)¹²⁷. Unica ed indistinta sembra pertanto presentarsi la sanzione specifica predisposta dall'editto allo scopo di colpire qualsiasi ipotesi di indisponibilità del *vocatus* a consentire la chiamata, sia questa impedita dal suo tentativo malizioso di sottrarsi al giudizio o più semplicemente dall'irreperibilità dello stesso nel luogo e nel momento in cui si compie la citazione. Né alla luce della proposta ricostruzione delle clausole edittali avverso l'assente e il latitante sembrano delinearsi delle differenze specifiche quanto all'applicazione concreta del suddetto rimedio nei due casi considerati, risultando anzi per entrambe le ipotesi una formulazione del tutto analoga degli interventi magistratuali a tal fine concessi, comprensiva del riferimento alla *missio in bona* nel patrimonio del *vocatus* e alla conseguente *venditio* dei beni trasferiti (a sua volta coincidente - nei termini sopra enunciati - con quella normalmente impiegata nel contesto della procedura esecutiva della *bonorum venditio* nei confronti del convenuto *iudicatus* ovvero nei riguardi del *confessus*)¹²⁸.

particolare da S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori*, cit., p. 66 s., nonché da FLINIAUX, *Les effets de la simple absence*, cit., p. 49 s. Nel senso dell'esistenza di un'unica clausola edittale riferita congiuntamente all'assenza e alla latitanza sembra esprimersi invece (seppur senza prendere esplicitamente partito sulla questione) I. BUTI, *Il praetor*, cit., p. 275 ss. Per i termini generali del dibattito e alcuni riferimenti agli aspetti controversi del regime edittale v. anche G. PROVERA, *Il principio*, cit., p. 88 e nt. 6.

¹²⁷ Sull'identità delle conseguenze sanzionatorie nei confronti del latitante e nei confronti dell'assente, come formalmente ricavabile dal tenore delle clausole edittali restituito dalle fonti v. M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 223 nt. 26 e l'ulteriore letteratura ivi richiamata.

¹²⁸ Si è già richiamata, in tal senso, la proposta ricostruzione di O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., pp. 333-334, il quale ipotizza che all'espressione *Qui absens iudicio defensum non fuerit* contenuta nella clausola relativa all'*absentia* "...schloss sich ohne Zweifel das gewöhnliche *eius bona possideri iubebo*" espressamente testimoniato per la precedente clausola *Qui fraudationis causa latitabit*. Secondo il medesimo autore deve peraltro immaginarsi che, in luogo della sintetica espressione testimoniata dalle fonti, nell'editto pretorio comparisse una più completa sequenza di provvedimenti esecutivi comprensiva di un riferimento alla *proscriptio* intermedia (*eius bona possideri, proscribi, venireque*). La tesi - a lungo sostenuta dalla dottrina più risalente - per cui nel caso di semplice assenza l'editto avrebbe consentito unicamente l'immissione nel possesso (senza autorizzazione alla vendita dei beni) appare oramai superata sulla scorta delle richiamate testimonianze delle fonti classiche che consento-

3.1.3. Le variabili del sistema: intenzionalità dell'assenza e gravità della sanzione

Se quello che si è appena descritto è il regime sanzionatorio dell'assenza e della latitanza processuali che traspare superficialmente da una prima lettura delle corrispondenti clausole dell'editto del pretore, viene spontaneo domandarsi per quale ragione fossero in effetti necessarie due clausole distinte dedicate rispettivamente alla posizione del latitante e a quella dell'assente. A fronte della possibilità per l'attore di richiedere - in entrambi i casi - l'immissione nel possesso e la vendita dei beni del convenuto irraggiungibile¹²⁹, la considerazione differenziata delle due situazioni quali possibili circostanze applicative dell'editto *quibus ex causis in possessionem eatur* può infatti apparire quanto meno singolare, né è agevole comprendere a quale scopo i diversi testi giuridici che si sono a tal proposito richiamati si preoccupino di trattare autonomamente le fattispecie di *absentia* e quelle di *latitatio* facenti capo al *vocatus*. Ciò specialmente se si considera che non poche delle medesime testimonianze delle fonti si concentrano, come si è visto, proprio sul carattere autonomo e parzialmente

no di ricostruire il contenuto approssimativo della clausola editale, le quali confermano in effetti - nei termini suddetti - che la *venditio bonorum* poteva in concreto risultare disposta anche nei confronti del convenuto rimasto assente e non difeso nel corso del giudizio. Per una rassegna delle opinioni precedenti e una critica delle stesse sulla base dei testi v. S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori*, cit., p. 70 ss, nonché J. BÖHM, *Die missio in bona cum effectu venditionis*, in *Jur. Diss.*, Berlin, 1908, *passim*.

¹²⁹ Sulla tendenziale identità delle conseguenze giuridiche delle due situazioni impeditive del giudizio - specie in raffronto al diverso regime della cd. *indefensio* all'interno del processo (caratterizzata come ben noto da conseguenze differenziate nelle azioni *in rem* ed in quelle *in personam*) - si veda anche G. PROVERA, *Il principio*, cit., p. 135 ss., il quale sottolinea in particolare come tale differenza di trattamento fra l'irreperibilità originaria del convenuto e il suo rifiuto di difendersi nel giudizio già regolarmente costituito sembri giustificarsi, in ultima analisi, in ragione della maggiore gravità della prima circostanza dal punto di vista della regolarità del processo, considerato che, mentre la collaborazione all'attuazione giudiziale della pretesa risulta in concreto necessaria soltanto nelle azioni a contenuto personale, la presenza del convenuto *in iure* al momento della costituzione della lite è invero indispensabile a prescindere dalla tipologia di giudizio concretamente instaurato. Per le fonti che appaiono suffragare siffatta ricostruzione può rinviarsi in particolare a D. 42.4.7.16 (Ulp. 59 *ad Ed.*), in cui si precisa appunto - attribuendo tale opinione alla costante interpretazione degli antichi giureconsulti poi confermata dalle costituzioni imperiali - che la *missio in bona* e la *venditio* forzata nei confronti del latitante (o dell'assente) trovavano applicazione anche nel contesto dei giudizi reali. In senso analogo G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., p. 224; *contra* M.F. LEPRI, *Sulla natura giuridica delle missiones in possessionem*, cit., pp. 49 ss. e A. GOMEZ-IGLESIAS-CASAL, *Citacion y comparecencia*, cit., p. 153 ss., secondo il quale "la distinción que se ha hecho en cuanto al elemento intencional que separa al *latitans* del *absens*, siendo relevante en el campo conceptual, no lo es tanto en el campo procesal", dal momento che "la sanción contra el *absens* sería idéntica a la establecida contra el *latitans*". Più in generale sul regime giuridico dell'*indefensio* processuale e le sue diverse conseguenze nelle *actiones in rem* ed in quelle *in personam*, anche in raffronto al regime unitario della materia in esame v. C.A. CANNATA, *Profilo*, cit., pp. 168 ss. e W. SIMSHÄUSER, *F.J. Bruna: Lex Rubria*, in *ZSS*, 93 (1976), pp. 380 ss.

differenziato dei presupposti specifici delle due condizioni (mettendo in particolare in evidenza l'intrinseca connotazione dolosa che contraddistingue soggettivamente l'atteggiamento del latitante), per quanto tali aspetti risultino all'apparenza del tutto indifferenti ai fini della concessione o meno all'attore dell'(identico) rimedio pretorio.

Se si guarda più attentamente alle fonti che si riferiscono in modo particolare alla condizione dell'assente, sembra tuttavia emergere - se non altro in astratto - la possibilità di una lettura almeno in parte differente, la quale - pur non negando in radice l'ammissibilità della *venditio bonorum* anche nell'ipotesi della semplice assenza¹³⁰ - sembra nondimeno consentire l'individuazione di alcune specificità nel regime di quest'ultima rispetto a quello (apparentemente comune) della più grave *latitatio*. In alcuni dei frammenti dedicati dalle fonti a questa complessa tematica, in effetti, le conseguenze patrimoniali della condotta dell'assente di fronte alla chiamata proveniente dall'avversario non appaiono invero perfettamente allineate a quelle ordinarie nei confronti di chi latita, quanto piuttosto autonomamente definite e (a certe condizioni) parzialmente differenziate rispetto a queste ultime, lasciando per certi versi trasparire - se non altro nei termini di un'interpretazione alternativa a quella tradizionale - una maggiore complessità delle reazioni pretorie a garanzia della chiamata rispetto a quella astrattamente suggerita dalle parole dell'editto. Alcune rilevanti indicazioni in tal senso sembrano potersi ricavare, in modo particolare, da un frammento del commentario all'editto attribuito ad Ulpiano, in cui il giurista severiano riferisce di un responso fornito da Celso nei confronti di Sesto circa la portata della *missio in possessionem* concessa dal pretore nei confronti del convenuto assente nel giudizio:

D. 42.4.7.17-18 (Ulp. 59 *ad Ed.*)

Celsus autem Sexto respondit, si fundum quem petere volo Titius possideat neque absens defendatur commodius se existimare in fundi possessionem mittendum quam bona eius possideri. Hoc adnotandum est Celsum consultum non de latitante sed de ab-

¹³⁰ Ammissibilità che, pur essendo stata in passato largamente dibattuta da quegli autori che hanno voluto limitare la portata della *venditio* pretoria alle sole ipotesi di latitanza del convenuto (si veda - per tutti - O.E. HARTMANN, *Über das römische Contumacialverfahren*, cit., pp. 8 ss.) appare oramai, come si è detto, del tutto incontestabile alla luce della più sicura ricostruzione delle fonti offerta in proposito dalla letteratura più recente. Sul punto si veda ancora quanto osservato *supra* alla nt. 128.

sente. Idem Celsus existimat si is a quo hereditatem petere velim latitat commodissime fieri posse, ut in possessionem mittar rerum quas pro herede vel pro possessore possidet: sed si dolo fecit quo minus possidere bona eius possidenda et vendenda sunt.

Il passo in esame ha formato l'oggetto - specialmente in passato - di numerose contestazioni della sua attendibilità in ragione degli ovvi rimaneggiamenti dallo stesso subiti per mano dei compilatori giustinianeî o in epoca successiva¹³¹, ma il suo significato fondamentale, quanto meno nella parte specificamente riferita al trattamento dell'assente, appare a ben guardare comprensibile e tutto sommato scevro da gravi sospetti di alterazione sostanziale¹³². All'interno del testo, Ulpiano riporta in sintesi l'opinione celsina secondo cui - nell'ipotesi della rivendica di un appezzamento di terreno (§ 17) ovvero della petizione di determinati beni dell'asse ereditario (§ 18) - di fronte all'assenza del possessore *vocatus* sarebbe stato di maggior convenienza per la parte interessata (*commodius*) richiedere al pretore, anziché la *missio in bona* nell'intero patrimonio del convenuto assente, di essere immessa unicamente nel possesso dei beni specifici interessati dall'azione (*in [...] possessionem mittendum quam bona eius possideri*), salvo poi precisare che la *missio in bona* e la successiva *venditio* sarebbero rimaste comunque applicabili - anche in questi casi - ove il convenuto avesse agito con dolo onde disfarsi del possesso (*sed si dolo fecit, quo minus possideret, bona eius possidenda et vendenda sunt*). Oltre a confermare - a titolo indiretto

¹³¹ Per una sintetica ricostruzione dell'esteso dibattito dottrinale sviluppatosi in proposito può rinviarsi, per tutti, a S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori*, cit., p. 90 ss., nonché a ID., *L'editto «qui absens iudicio defensum non fuerit»*, in St. Simoncelli, Napoli, 1917, p. 413 ss. Oggetto di contestazione è in particolare la precisazione - contenuta nell'ultima parte del § 17 - per cui il discorso deve intendersi riferito alla situazione dell'assente e non a quella del latitante (*non de latitante sed de absente*), che Solazzi giudica addirittura "scandalosa" e che sarebbe frutto di un maldestro intervento dei glossatori successivi. Sul punto v. anche G. PROVERA, *Il principio*, cit., p. 133 ss.; L. D'AMATI, *Sulla cooperazione del convenuto*, cit., p. 907. e A. RISPOLI, *La contumacia in procedura civile*, I, Roma, 1904, p. 20. In senso radicalmente contrario alla genuinità del frammento si esprime, come si è visto, M.F. LEPRI, *Note sulla natura giuridica delle missiones in possessionem*, cit., p. 49, la quale non solo attribuisce buona parte del passo all'opera dei compilatori, ma avanza soprattutto l'ipotesi che l'opinione celsina si riferisca unicamente alla *missio in bona* (e non alla *venditio*), posta l'esclusione di questa nella azioni reali.

¹³² Si noti in particolare come l'espressione *hoc adnotandum est...de absente* ecc., contenuta nel § 17 del frammento in esame e tradizionalmente considerata un glossema nei termini suddetti, non introduca invero alcun elemento di innovazione rispetto a quanto precedentemente enunciato, limitandosi piuttosto a confermare e sintetizzare quanto già ricavabile dalla parte antecedente del medesimo passaggio, vale a dire che le considerazioni ivi svolte con riguardo all'immissione nel possesso disposta dal pretore si riferiscono in modo specifico alla situazione del convenuto assente nel giudizio (*neque absens defendatur*). Senz'altro interpolato, oltre che poco coerente con il resto del discorso, appare invece il riferimento esplicito alla *contumacia* del convenuto in conclusione del frammento.

- che i rimedi specifici nei confronti del convenuto trovavano applicazione (come si è detto) anche nel particolare contesto delle azioni reali, la testimonianza ulpiana in tal modo ricostruita attesta pertanto come - all'interno della riflessione giurisprudenziale intorno alla loro applicazione - esistesse una posizione (più o meno condivisa) - in base alla - per lo meno in alcuni casi specificamente individuati - nei confronti del convenuto assente al momento della chiamata il pretore avrebbe potuto disporre - in luogo dell'ordinaria sanzione della vendita in blocco del patrimonio dell'assente - la più mite conseguenza dell'immissione nel possesso delle singole cose oggetto della lite (*missio in rem*), la quale non lo avrebbe privato del tutto della disponibilità dei suoi beni ma soltanto di quelli strettamente indispensabili a garantirne la comparizione in giudizio. Con un'evidente mitigazione del più severo regime sopra individuato.

Data la relativa genericità delle informazioni forniteci dalla testimonianza in esame, non è dato di sapere né in quale misura l'opinione di cui trattasi fosse o meno condivisa nella più ampia riflessione della giurisprudenza classica¹³³, né se la stessa possa considerarsi riferita - per la medesima epoca - anche ad ipotesi e fattispecie diverse rispetto a quelle espressamente menzionate (ma tutto sommato circoscritte) della rivendica di un fondo o della petizione di beni determinati della massa ereditaria. Per le stesse ragioni risulta inoltre assai problematico - in sede interpretativa - ipotizzare

¹³³ Discordanti, sul punto, le opinioni formulate dalla dottrina romanistica: mentre PROVERA, *Il principio*, cit., p. 135, ritiene che la soluzione della *missio in possessionem* nel singolo bene rivendicato "abbia finito per prevalere" già in epoca classica sul rimedio ordinario delle *missiones* universali, così, PUGLIESE, *Il processo formulare*, cit., pp. 225-226 mostra al contrario di considerare la medesima soluzione come l'oggetto di una tesi minoritaria circoscritta alle ipotesi specificamente richiamate, senza peraltro che l'uno o l'altro degli autori citati motivino nel dettaglio le rispettive conclusioni. Né tanto meno indicazioni più specifiche - a questo proposito - sembrano potersi ricavare dalla rimanente porzione del frammento in esame (§ 19), la quale consente tutt'al più di attestare la sopravvivenza della tesi celsina più favorevole al convenuto anche in epoca successiva alla sua prima affermazione, fino all'esplicita conferma dalla stessa ricevuta - quanto meno con riguardo alla *petitio hereditatis* - attraverso un rescritto attribuito all'imperatore Antonino Pio. Radicale - anche a tal riguardo - l'opinione di M.F. LEPRİ, *op. ult. cit.*, p. 50 ss., la quale esclude in radice la genuinità del frammento nella parte che interessa sul presupposto che il giurista non avrebbe potuto in alcun caso contraddire la clausola editale secondo cui la *missio in bona* "doveva estendersi a tutto il patrimonio", così che il consiglio di una diversa soluzione allo stesso attribuita dovrebbe senz'altro considerarsi il frutto di un'aggiunta successiva. Sul punto si osservi tuttavia che, come già anticipato, il testo esatto della formula editale non ci è pervenuto, così che non può escludersi in radice che lo stesso contenesse un riferimento ulteriore alla *missio* particolare o che questa fosse comunque altrimenti disposta nella prassi applicativa. Per la fondamentale attendibilità del frammento e la riconducibilità specifica dello stesso alla situazione dell'assente che non sia latitante si esprime anche M. PENNITZ, *Der «Enteignungsfall» im römischen Recht*, Wien-Köln-Weimar, 1991, p. 264, nt. 80, nonché G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., p. 519.

con adeguata sicurezza quando ed in che modo la più mite soluzione patrocinata da Celso si sia in concreto affacciata sulla scena giuridica, anche se il riferimento ulpiano alla manifestazione della stessa in risposta a Sesto Pedio potrebbe far pensare a un'iniziale controversialità delle ricostruzioni in materia (eventualmente sanata da un successivo recepimento nella prassi applicativa)¹³⁴. Che la tesi della limitazione della *missio* pretoria ai singoli beni del convenuto irreperibile fosse effettivamente presente nella riflessione dei giuristi, e non costituisca pertanto la mera espressione di un isolato suggerimento di convenienza concreta (o peggio ancora un'innovazione posteriore e del tutto estranea all'esperienza dei classici¹³⁵), appare tuttavia confermato, con una discreta efficacia probante, dalla circostanza che la medesima soluzione così tratteggiata risulti testimoniata - in termini per certi versi analoghi - anche in altri due luoghi ricompresi nel Digesto e riconducibili al tema della chiamata in giudizio. A suffragio del fatto che la semplice liquidazione della stessa quale circoscritta ed opinabile anomalia compilatoria è quanto meno il prodotto di un giudizio sbrigativo e non del tutto ponderato, ben potendosi ricercare delle ulteriori conferme nel senso descritto anche al di fuori del controverso e problematico frammento celsino.

La prima delle due testimonianze a tal riguardo richiamabili, in verità quasi sempre ignorata dalle trattazioni in materia¹³⁶, può ricavarsi - ancora una volta - dall'opera di Ulpiano dedicata all'editto, e riguarda in particolare le conseguenze dell'assenza del convenuto nel giudizio nel peculiare contesto della *restitutiones in integrum*:

D. 4.6.21.2 (Ulp. 12 *ad Ed.*)

¹³⁴ Non è del resto infrequente - nelle fonti - che il verbo *respondere*, oltre che per indicare genericamente l'opinione manifestata da un giurista su una determinata questione, si trovi impiegato più specificamente onde alludere al contrasto tra due o più posizioni nella soluzione di un medesimo problema. In questo senso può richiamarsi ad es. D. 35.1.6.1 (Pomp. 3 *ad Sab.*), ove è riportato il confronto tra Servio e Nerazio in merito all'adempimento di una condizione testamentaria. In generale sul ruolo classico dello *ius controversum* L. RAGGI, *Il metodo della giurisprudenza romana*, 2007, pp. 127 ss.

¹³⁵ A quest'ultima possibilità sembra alludere, quanto meno indirettamente, G. PROVERA, *Il praetor*, cit., p. 133, sul presupposto che la tesi in esame abbia infine finito per prevalere anche nel diritto giustiniano (rendendo con ciò verosimile un'alterazione sul punto). Esaminato il frammento, il medesimo autore conclude tuttavia che "è perciò probabile che già in epoca classica abbia finito per prevalere la tesi per cui l'assente andava soggetto soltanto alla *missio* nel possesso del singolo bene rivendicato"

¹³⁶ Una significativa eccezione in tal senso è costituita da J. BÖHM, *Die missio in bona*, cit., p. 134 ss. Riferimenti alla stessa anche in O.E. HARTMANN, *Das römische Contumacialverfahren*, cit., p. 57.

Haec autem restitutio locum habet, sive per se sive per subiectas sibi personas usu adquisierunt, qui absentes non defendebantur, et ita, si nemo eorum erat defensor. Nam si fuit procurator, cum habueris quem convenias, non debet inquietari. Ceterum si non existerat defensor, aequissimum erat subveniri, eo potius, quod eorum qui non defenduntur, si quidem latitent, praetor ex edicto pollicetur in bona eorum mittere, ut si res exegerit etiam distrahantur, si vero non latitent, licet non defendantur, in bona tantum mitti.

Anche in questo caso, come in quello del resoconto ulpiano dalla dottrina di Celso, l'attendibilità della fonte nel fornire dei dettagli sulla questione in esame è da sempre l'oggetto di assai gravi sospetti, vuoi per l'evidente alterazione di alcune espressioni della procedura dell'*ordo*¹³⁷, vuoi in ragione della possibile anticipazione ad opera dei compilatori del più tardo regime delle *missio in bona* svincolata dalla *venditio*. Almeno per quanto riguarda la sua struttura essenziale e la sequenza degli argomenti nello stesso sviluppati, non sembrano tuttavia sussistere ragioni particolari per dubitare della riconducibilità del frammento al pensiero di Ulpiano, specie in considerazione del fatto che il contenuto essenziale delle considerazioni in questa sede enunciate in punto di relazioni tra assenza e latitanza compaiono come si è visto anche in altro luogo dello stesso commentario, apparendo a ben vedere piuttosto inverosimile che le stesse conclusioni vengano proposte dall'autore in due parti distinte della medesima opera e che i compilatori abbiano al tempo stesso ritenuto di alterarne il contenuto in termini tanto differenti. Nella porzione del frammento verosimilmente genuina, il giurista severiano si riferisce a quei casi di *restitutio in integrum* in cui il rimedio in esame era concesso dal pretore (piuttosto che a vantaggio di un soggetto specifico e preventivamente individuato) nei confronti di coloro che - rimanendo assenti e non difesi nel giudizio - abbiano acquistato la proprietà di una cosa per discorso del tempo, così da assicurare alle controparti interessate la possibilità di recuperare il possesso della cosa che le stesse non hanno potuto ottenere nei modi ordina-

¹³⁷ Improbabile appare in particolare, in rapporto alla situazione del latitante e alle sue conseguenze di natura patrimoniale, l'impiego - nell'originale ulpiano - dell'espressione *bona distrahere* in luogo del *bona vendere* utilizzato in altri luoghi dell'opera dei classici. Sulle possibili interpolazioni del passo v. O. KARLOWA, *Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprozessrecht*, Bonn, 1865, p. 130 ss., nonché le più approfondite osservazioni critiche espresse a tal riguardo da F.K. STIEBER, *De bonorum emptione apud veteres Romanos*, I, Lipzeig, 1927, p. 11 ss., come dal primo in quella sede richiamato.

ri proprio a causa della irreperibilità giudiziale del loro avversario. In queste ipotesi - si legge nel testo - il rimedio restitutorio deve ritenersi validamente concesso soltanto a condizione che la parte avvantaggiata sia rimasta effettivamente indifesa nel corso del processo (*qui absentes non defendebantur*), bastando al contrario che sia comparso in giudizio un altro soggetto in difesa della stessa affinché la legittimazione dei terzi a pretendere la *restitutio* debba essere esclusa, posto che tale intervento sarebbe stato sufficiente a consentire in qualche modo l'esercizio dell'azione e a rendere di conseguenza superflua ogni tutela aggiuntiva (...*cum habueris quem convenias, non debet inquietari*)¹³⁸. Dopo tali premesse di carattere più generale circa i requisiti del rimedio e la sua sfera di applicazione, il frammento in esame fornisce poi delle considerazioni aggiuntive quanto alle concrete motivazioni onde ricorrere allo stesso, precisando in particolare - per quanto importa in questa sede - che l'impiego della *restitutio* nei confronti dell'assente (rimasto *indefensus*) si giustifica a maggior ragione (*potius*) qualora quest'ultimo sia al tempo stesso latitante¹³⁹ (*si quidem latitent*), dal momento che in questo caso il pretore avrebbe di regola disposto sia lo spossessamento che la vendita dei suoi beni (*in bona eorum mittere...distrahntur*), mentre nell'ipotesi della più semplice assenza (*si vero non latitent*) è prevista unicamente l'immissione degli avversari nel possesso degli stessi (*in bona tantum mitti*). Non soltanto, quindi, la lettura del passo sembra indirettamente confermare la connotazione dell'*absentia* quale condizione autonoma e di minore «intensità» rispetto alla più specifica *latitatio* a contenuto doloso, ma anche (e soprattutto) la precisa contrapposizione tra le due situazioni così individuate sotto il profilo degli effetti processuali alle stesse collegati, dal momento che, mentre alla seconda è espressamente ricondotta la duplice conseguenza della *missio in bona* e della consecutiva *venditio*, gli effetti della prima appaiono circoscritti a una diversa e più moderata implicazione patrimoniale. Che poi quest'ultima consistesse effettivamente, come suggerito dal

¹³⁸ Sulla funzione e i presupposti delle restituzioni pretorie nei confronti degli assenti (c.d. *i.i.r. propter absentiam*) può rinviarsi - più in generale - a L. GALLET, *Essai sur le Sénatus-Consulte "de Asclepiade Sociisque"*, in *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, 16 (1937), p. 407 ss. Ulteriori riferimenti in tal senso in E. RICART MARTÌ, *Un caso de i.i.r. rei publicae causa abesse, passim*; nonché in G. CERVENCA, *Studi vari sulla restitutio in integrum*, Milano, 1964.

¹³⁹ Si è visto infatti come la qualifica di latitante attribuita al convenuto non escluda - di per sé - la sua contestuale qualificabilità in termini di assente all'interno del processo, ma si aggiunga in qualche misura al contenuto di quest'ultima colorandolo di implicazioni ulteriori e più specificamente soggettive.

frammento, nella semplice immissione nel patrimonio dell'assente¹⁴⁰, o piuttosto nella *missio in possessionem* dei singoli beni oggetto della contesa (come sembrerebbe in effetti confermato dall'ulteriore testimonianza ulpiana sopra richiamata) può apparire in concreto - e almeno ai fini del generale inquadramento dei rimedi pretori nei riguardi dell'assente - tutto sommato indifferente, in quanto non sembra poter mettere in discussione la circostanza fondamentale - e in questo senso inequivocabile - del diverso trattamento delle due situazioni dal punto di vista sanzionatorio.

Se tutto ciò non bastasse a confermare (se non altro la possibilità) che la riflessione giurisprudenziale dei classici abbia ricondotto alla semplice assenza una conseguenza in parte meno rigorosa di quella normalmente prescritta per la condotta del latitante, un'ulteriore testimonianza in tal senso sembra potersi ricavare - seppur in termini impliciti e chiaramente derivativi - da un breve frammento del commentario di Paolo dedicato all'editto *quibus ex causis in possessionem eatur* e alle relative eccezioni:

D. 42.4.6.1-2 (Paul. 57 *ad Ed.*)

Cum dicitur: "ET EIUS, CUIUS BONA POSSESSA SUNT A CREDITORIBUS, VENIENT, PRAETERQUAM PUPILLI ET EIUS, QUI REI PUBLICAE CAUSA SINE DOLO MALO AFUIT", intellegimus eius, qui dolo malo afuerit, posse venire.

Si ab hostibus quis captus sit, creditores eius in possessionem mittendi sunt, ut tamen non statim bonorum venditio permittatur, sed interim bonis curator detur.

Dopo aver riportato le parole dell'editto con cui il pretore riconosceva a determinati soggetti (minori ed assenti per ragioni di pubblico interesse) il privilegio di non essere assoggettati alla vendita dei beni¹⁴¹, Paolo fornisce un rilevante chiarimento quanto al loro significato, precisando che la locuzione «SINE DOLO MALO AFUIT» con

¹⁴⁰ Ciò che si è visto risultare relativamente improbabile sulla scorta delle fonti (senz'altro classiche) che sembrano piuttosto testimoniare la possibilità della *venditio* anche nel caso della semplice assenza. Sul punto, si rinvia nuovamente a quanto osservato *supra* alle pp. 52 ss. e alla nt. 129. Circa il consolidamento della più recente dottrina romanistica sulla tesi favorevole alla praticabilità della *venditio* nei confronti dell'assente si veda ancora E. COSTA, *Cicerone giureconsulto* II, Roma, 1964, p. 47 nt. 1.

¹⁴¹ Sul regime delle cause di giustificazione dell'assenza e le categorie di soggetti da queste interessati v. in particolare M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 223 e nt. 25 e l'ulteriore letteratura ivi richiamata. Del problema si occupa anche, quanto meno in relazione agli specifici effetti dell'*absentia rei publicae causa* GOMEZ-IGLESIAS-CASAL, *Citacion y comparecencia*, cit., 155.

la quale si conclude la clausola edittale a tal riguardo dettata va intesa nel senso che la vendita dei beni resta comunque ammissibile nei confronti di colui che, pur appartenendo all'una o all'altra delle suddette categorie, sia rimasto assente per ragioni dolose (...*qui dolo malo afuerit, posse venire*)¹⁴². Nella seconda parte del medesimo frammento si precisa inoltre - quasi ad integrazione di quanto appena osservato - che se qualcuno risulta essere assente in quanto si trovi al momento nella prigionia dei nemici, i suoi beni - pur essendo senz'altro immessi nel possesso dei creditori - non vengono immediatamente venduti secondo la regola generale, ma soltanto affidati - per il tempo necessario - alla gestione di un curatore (...*non statim bonorum venditio permittatur, sed interim bonis curator detur*); con l'effetto manifesto di estendere (provvisoriamente) i tempi ordinari dell'esecuzione patrimoniale nei suoi confronti disposta e di consentirgli pertanto di assumere più agevolmente la *defensio* tardiva laddove fosse rientrato dallo stato di prigionia nel corso del processo.

Ai nostri fini, così, le due precisazioni formulate dal giurista nel frammento in esame appaiono significative per una duplice ragione: da un lato, il chiarimento per cui la *bonorum venditio* poteva essere disposta anche nei confronti di soggetti normalmente sottratti alla condizione di assente, qualora gli stessi abbiano agito con dolo, lascia intendere come la conseguenza dello spossessamento integrale dei beni convenuto non si ricollegi tanto al fatto stesso dell'assenza di quest'ultimo, quanto piuttosto (ed in modo più specifico) all'elemento intenzionale della condotta del medesimo, o quanto meno che al dolo imputabile all'assente può in questo senso riconoscersi la capacità di determinare un aggravamento delle conseguenze dell'assenza processuale rispetto al caso in cui quest'ultima dipenda da circostanze obiettive o comunque non colpevoli (quali sono - nel testo paolino - la minore età o un impegno istituzionale che impedisca alla parte di presentarsi in giudizio). Ciò che sembra confermare - sotto un diverso profilo - quanto indirettamente ricavabile dalle summenzionate testimonianze ulpianee secondo le quali all'assenza (non dolosa) si ricollega unicamente la più mite conseguenza della *missio in possessionem* e dell'eventuale *venditio* di beni determinati, limitandosi per converso la più gravosa implicazione della successio-

¹⁴² Sulla tendenziale genuinità del frammento e la conseguente possibilità di ricavarne delle indicazioni utili circa il regime pretorio delle *missiones in possessionem adversus absentem* v. M.F. LEPRI, *Note*, cit., p. 52 ss. *Contra* G. BESELER, *Beitrage zur Kritik der romischen Rechtsquellen*, III, p. 63.

ne universale nel patrimonio dell'assente alle ipotesi in cui alla circostanza obiettiva della mancata comparizione si accompagna al tempo stesso l'intenzione specifica di danneggiare l'avversario caratteristica - come si è visto - della figura del latitante. Dall'altro lato, il fatto che il giurista precisi espressamente che un trattamento particolare in punto di *venditio bonorum* era riservato al convenuto prigioniero del nemico (la cui assenza non può evidentemente imputarsi alla sua volontà), sembra suggerire - ancora una volta a indiretta conferma di quanto sopra osservato - che la tendenza alla differenziazione delle conseguenze della *absentia* in base all'atteggiamento soggettivo della parte interessata si estendesse anche nel senso - esattamente speculare a quello finora evidenziato - dell'attenuazione degli effetti negativi nei confronti dell'assente laddove a quest'ultimo non risulti imputabile un'intenzione dolosa; il che appare tanto più significativo nel caso di specie alla luce del fatto - già sopra menzionato¹⁴³ - che nelle fonti classiche la situazione del *captus ab hostibus* non risulta nemmeno propriamente qualificata in termini di *absentia*, così che un'esclusione degli effetti di quest'ultima rispetto a tale condizione non apparirebbe - a rigore - nemmeno necessaria. Si consideri inoltre che il trattamento testimoniato dal frammento in esame per il prigioniero di guerra, consistente in sostanza nell'immissione temporanea nel possesso dei suoi beni e nella nomina di un curatore per la gestione degli stessi, si avvicina per molti aspetti ai regimi privilegiati dell'esecuzione patrimoniale sempre più frequentemente applicati - a partire soprattutto dalla tarda repubblica - in alternativa alla pura e semplice alienazione universale del patrimonio del soccombente¹⁴⁴: da una parte, il procedimento comunemente noto come *cessio bonorum*, che veniva riconosciuto - a certe condizioni - in favore del debitore rimasto insolvente per ragioni non direttamente imputabili a una gestione colposa del suo patrimonio (*sine vitio*) e consisteva dalla cessione volontaria dei beni appartenenti a quest'ultimo in cambio della possibilità di soddisfare i creditori mediante acquisti ulteriori eventualmente ottenuti in un secondo momento¹⁴⁵; per altro verso, quello più

¹⁴³ *Supra*, p. 50 e nt. 122, ove si è osservato in particolare come la condizione della preda di guerra si avvicinasse a quella del *capitis deminutus* più che a quella dell'assente nel senso tecnico del termine.

¹⁴⁴ Sul punto si veda, in generale, M. KASER K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 401 ss.

¹⁴⁵ Per i presupposti e gli effetti della *cessio bonorum*, oltre che per le principali congetture circa la sua introduzione, può rinviarsi in particolare a P. VOCI, voce "Esecuzione forzata (diritto romano)", in *Enc. Dir.*, cit., pp. 422 ss. e A. GOMEZ-IGLESIAS-CASAL, *Citacion y comparecencia*, cit., p. 155 e nt. 49. Sul punto si confrontino inoltre Gai. 3.78 e D. 42.3, da cui risulta con relativa chiarezza come il

specifico della cd. *distractio bonorum*, il quale consentiva a determinati soggetti di evitare l'esecuzione universale sul loro patrimonio ottenendo - in sostituzione di questa - la vendita forzata di oggetti specifici puntualmente individuati e alienati ai creditori per mezzo di un *curator bonorum* nominato dal pretore¹⁴⁶. Al pari del classico meccanismo della *bonorum cessio*, infatti, l'esecuzione patrimoniale nei confronti del prigioniero assente come descritta nel frammento ulpiano di cui si tratta in questa sede avrebbe sì comportato l'immissione nel possesso del patrimonio dell'assente ma non anche la sua vendita immediata nei confronti dei creditori (*ut tamen non statim bonorum venditio permittatur*), determinando una significativa dilazione temporale degli effetti esecutivi che (a prescindere dall'ovvia differenza derivante dalla assenza in quest'ipotesi di una cessione volontaria) avrebbe favorito - come nel caso della *cessio* - la possibilità del convenuto di intervenire in un secondo momento e di offrire alle controparti la sua cooperazione al buon esito del giudizio. In comune con la procedura della *distractio* - di per sé circoscritta ad un numero di soggetti relativamente ristretto¹⁴⁷ - tale situazione presenta invece (in modo particolare) la nomina di un curatore in posizione neutrale rispetto alle parti e incaricato in modo specifico della vendita dei beni, oltre a suggerire la possibilità (coerente, come visto, anche con la testimonianza di altre fonti) che in questi casi si procedesse, anziché alla vendita dell'intero patrimonio, soltanto all'alienazione delle cose specifiche oggetto del giudizio, con un evidente beneficio in termini di conseguenze pratiche per la parte eseguita. Un vantaggio comune ad entrambe le procedure «privilegiate» - e come ta-

principale vantaggio (*privilegium*) dello strumento in esame venga identificato proprio nella possibilità per il debitore esecutato di integrare in un momento successivo la consistenza del suo patrimonio e di modificare così (a esecuzione già iniziata) la propria posizione nei confronti dei creditori.

¹⁴⁶ I beni non oggetto della vicenda esecutiva vengono invece conservati nell'interesse del debitore e allo stesso restituiti una volta concluse le procedure di vendita. In generale sul meccanismo della *bonorum distractio* U. WESENER, voce "*Distractio bonorum*", in *Pauly-Wissowa Realencyclopädie*, Supplem. 9 (1962), p. 27 ss. e C. COSENTINI, *Sui limiti dell'applicabilità della bonorum distractio ex edicto*, in *SDHI*, 11 (1945), pp. 1 ss. Circa le origini dell'istituto può rinviarsi a V. SCARANO USSANI, *Diritto e politica nell'origine della bonorum distractio ex senatus consulto*, Napoli, 1976.

¹⁴⁷ Le fonti ne testimoniano in particolare l'applicazione in favore del *pupillus*, del *furiosus* e del *prodigus*, oltre che - per effetto di un'estensione successiva in base ad appositi *senatusconsulta* - a vantaggio di certe categorie di *clarissimae personae* che avrebbero ricevuto dall'applicazione ordinaria della *missio in bona* un particolare detrimento in termini sociali. Su queste basi si distingue tradizionalmente tra una *d.b. ex edicto* ed una *d.b. ex senatus consulto*, a cui taluni affiancano una *d.b. ex privato consilio* riferendosi alle ipotesi (peraltro indefinite ed assai dibattute) in cui il privilegio dell'esecuzione *in singulas res* discendeva da un accordo tra i creditori nel senso di rinunciare alla *missio in bona* e di nominare un *curator* per il comune interesse. Sulla sfera soggettiva di concessione del beneficio v. S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori*, cit., III, pp. 37 ss.

le verosimilmente estensibile anche alla posizione dell'assente che fosse tale senza sua colpa - era infine l'esclusione dell'*infamia* normalmente collegata all'esecuzione universale¹⁴⁸, la quale sarebbe invece rimasta senza dubbio applicabile in ogni altra ipotesi di *venditio bonorum* (compresa - dunque - quella nei confronti del latitante).

3.1.4. Differenziazione e adeguatezza del sistema pretorio di garanzia della *vocatio*

Sulla scorta delle richiamate testimonianze offerte dalle fonti, non sembra quindi potersi escludere a priori che il pretore, pur mantenendo in entrambi i casi la possibilità astratta dell'esecuzione universale sui beni del convenuto, abbia provveduto nel tempo (ovviamente assistito dall'*interpretatio prudentium*) a mitigare almeno in parte le conseguenze della stessa nei confronti dell'assente rispetto a quelle riguardanti - in modo più specifico - il convenuto latitante. Ciò che apparirebbe concretamente avvenuto, come si è visto, attraverso la previsione - nello specifico interesse dell'assente *sine dolo* - di particolari forme di applicazione «attenuata» degli ordinari rimedi di natura esecutiva in questi casi predisposti, sia che lo strumento a tal fine impiegato sia consistito in una vera e propria limitazione obiettiva della portata dei rimedi esecutivi nei confronti dell'assente (come suggeriscono in effetti alcune delle fonti sopra menzionate), sia che l'intervento pretorio si sia piuttosto limitato (come insinuano altri testi) a fare in modo che la *missio in bona* e la successiva *venditio* operassero in questo caso con minore rigore e più ampie garanzie che nei confronti del latitante; né è escluso - a ben vedere - che la prassi pretoria desse luogo in concreto a una possibile combinazione delle due «soluzioni», resa invero non implausibile dal fatto che le une e le altre testimonianze delle fonti (ancorché tra loro non del tutto coordinate) non appaiono necessariamente incompatibili o reciprocamente contraddittorie.

Per quanto il tenore della formulazione editale rimanga il medesimo tanto in relazione al latitante quanto nei confronti del *vocatus* assente, in altri termini, è tutt'altro che inverosimile che nella prassi applicativa si sia determinata cionondimeno una

¹⁴⁸ Sul punto cfr. F. VON WOESS, *Personalexekution*, cit., pp. 527 ss. Sull'*infamia* in generale e le sue molteplici implicazioni a carico della parte nei cui confronti essa veniva pronunciata v. M. KASER, *Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen*, in ZSS, 73 (1956), p. 228 ss.

tendenziale differenziazione nel trattamento sanzionatorio delle due situazioni a seconda della differente connotazione delle relative condotte sotto il profilo soggettivo, ossia che all'apparente unitarietà del rimedio predisposto al fine di assicurare l'introduzione della lite sia corrisposto in concreto un sostanziale dualismo nella sua attuazione, tenendo conto - da un lato - della diversa gravità del comportamento processuale di chi si sottragga intenzionalmente alla lite rispetto a quello di chi sia semplicemente irreperibile per ragioni incolpevoli e - dall'altro - dell'esigenza di offrire in entrambi i casi una risposta ordinamentale adeguata alla loro diversità: più pronta ed incisiva di fronte all'evidente volontà della parte convenuta di impedire il giudizio; più mite ed aperta ad eventuali correzioni laddove invece la mancata collaborazione iniziale alla costituzione del processo non appaia volontaria. Il che consentirebbe tra l'altro di giustificare al tempo stesso - in un modo per lo meno soddisfacente sotto il profilo concettuale - anche la segnalata esistenza di due clausole autonome dedicate rispettivamente alle due fattispecie e (soprattutto) la relativa ampiezza della riflessione giurisprudenziale intorno ad esse sviluppatasi e testimoniata dalle fonti¹⁴⁹.

Le concrete modalità operative per mezzo delle quali il trattamento pretorio del convenuto irreperibile avrebbe potuto condurre - a seconda dei casi - alle due descritte conclusioni alternative sembrano poi potersi ricavare (per lo meno indirettamente) da una testimonianza tratta dall'opera di Giuliano e riguardante la *vindicatio servitutis*:

¹⁴⁹ A siffatta conclusione sembra pervenire - quanto meno con riguardo alle conseguenze dell'irreperibilità del convenuto (assente o latitante) nelle azioni reali - anche A. GOMEZ-IGLESIAS-CASAL, *Citacion y comparecencia*, cit., p. 155 e pp.160-163, il quale sembra tuttavia voler impostare il problema in modo parzialmente più complesso nella misura in cui afferma che, nonostante l'identità edittale delle due sanzioni appaia sostanzialmente giustificata dall'analoga conseguenza delle due condotte nel precludere il giudizio, ciò che risultava differente nelle due situazione era la concreta applicazione della stessa a livello processuale: corrispondente al modello delle procedure esecutive contro il debitore fraudolento nel caso più grave del convenuto latitante e su quelle nei confronti del debitore meramente insolvente in quello più sfumata della semplice assenza. La medesima evoluzione «differenziale» delle conseguenze delle due clausole avrebbe condotto tra l'altro, secondo G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, cit., pp. 227-228, ad un progressivo avvicinamento del regime dell'irreperibilità del convenuto al momento della chiamata a quello relativo al rifiuto dello stesso di difendersi a giudizio già iniziato: "vi è stato uno svolgimento storico, per cui le conseguenze della latitanza o in genere della contumacia [...] sono andate sempre più approssimandosi a quelle dell'*indefensio* fino a coincidere con esse nei sistemi processuali, in cui una vera *indefensio* non era più concepibile".

D. 8.5.18 (Iul. 6 ex Minic.)

Is, cuius familia vicinum prohibebat aquam ducere, sui potestatem non faciebat, ne secum agi posset: quaerit actor, quid sibi faciendum esset. Respondi oportere praetorem causa cognita iubere bona adversarii possideri et non ante inde discedere, quam is actori ius aquae ducendae constituisset et si quid, quia aquam ducere prohibitus esset, siccitatibus detrimenti cepisset, veluti si prata arboresve exaruisset.

Nel frammento in questione, si trova riportato il contenuto di un responso del giurista Minicio (attribuibile invero - secondo taluni - allo stesso Giuliano¹⁵⁰), di fronte alla richiesta del proprietario di un fondo che si sia visto impedire il trasporto dell'acqua dagli schiavi del vicino ma non riesca ad agire nei confronti di quest'ultimo in quanto lo stesso si sia reso irreperibile onde sottrarsi al giudizio (*sui potestatem non faciebat, ne secum agi posset*). Secondo l'autore del responso, in tale situazione (evidentemente assimilabile - pur in mancanza di un espresso riferimento - a quella del latitante¹⁵¹), l'attore interessato alla costituzione del giudizio avrebbe potuto rivolgersi all'autorità del pretore affinché questi, istruita la causa (*causa cognita*), potesse ordinare la sua immissione nel possesso dei beni dell'avversario (*iubere bona adversarii possideri*). Tale possesso sarebbe poi proseguito senza limiti di tempo (*non ante inde discedere*) fintantoché il convenuto inizialmente recalcitrante non avesse accettato la costituzione di un diritto corrispondente alla pretesa avanzata dall'attore, purché in conseguenza della condotta dell'avversario quest'ultimo abbia subito un effettivo pregiudizio (nel caso concreto la mancanza di acqua per l'irrigazione del fondo). Sulla base della testimonianza in esame, deve quindi immaginarsi che - di fronte all'irreperibilità del *vocatus* al momento della chiamata - il magistrato giudicante avrebbe innanzitutto proceduto ad una *causae cognitio* finalizzata ad accertarne le motivazioni specifiche, vale a dire a determinare se l'impossibilità di rintracciare l'avversario riscontrata dall'attore al momento della *vocatio* debba imputarsi nel caso

¹⁵⁰ Nel senso dell'integrale riconducibilità del contenuto del frammento all'opinione di Giuliano si veda in particolare S. RICCOBONO, *Studi critici sulle fonti del diritto romano*, in BIDR, 8, (1895), p. 193.

¹⁵¹ Dalle espressioni impiegate nel testo, ed in particolare dalla completiva negativa *ne secum agi posset*, si desume infatti con relativa certezza che nell'ipotesi prospettata dal giurista la condotta del vicino-potenziale convenuto risulta caratterizzata da una volontà specifica di impedire la *vocatio*.

concreto all'intenzione specifica del convenuto di sottrarsi al giudizio (e dunque qualificarsi in termini di *latitatio* nel senso proprio del termine), o piuttosto a circostanze esteriori di natura oggettiva e non riconducibili alla sua volontà (integrando allora, più semplicemente, un'ipotesi di assenza)¹⁵². In base agli esiti di siffatto accertamento, egli avrebbe poi verosimilmente determinato in quali forme la procedura già avviata avrebbe dovuto proseguire nei confronti della parte irreperibile: nel primo caso, disponendo l'immissione nel possesso e la vendita immediata dei beni del latitante in favore dell'attore rimasto insoddisfatto; nel secondo - se è corretta la ricostruzione della testimonianza delle fonti che si è sopra prospettata - provvedendo alle più miti ed indirette sanzioni nei confronti dell'assente (incolpevole) dirette a coartare mediamente lo stesso a presentarsi in giudizio in un momento successivo e a consentirgli di interrompere volontariamente la sua assenza non dolosa senza gravi conseguenze sotto il profilo patrimoniale¹⁵³. Né alla luce della testimonianza giuliana da ultimo richiamata sembra a ben vedere potersi escludersi che - in aggiunta o in alternativa alla limitazione della *missio* ai singoli beni interessati e alla dilazione della *venditio* con la nomina di un *curator*¹⁵⁴ - un'ulteriore ragione del trattamento più favorevole del semplice assente per ragioni incolpevoli consistesse proprio nella concessione allo stesso di un termine variabile per la vendita dei beni condizionato alla sua volontà di collaborare - una volta comparso - alla soddisfazione delle ragioni dell'attore. Soluzione che, per quanto il testo non consenta di precisare ulteriormente né a quali comportamenti fosse tenuto il *vocatus* onde impedire la *venditio* né in quali termini potesse essere di volta in volta prorogato il possesso dei beni, appare d'altro canto significativamente coerente sia con la possibilità (sopra ipotizzata) che il regime riser-

¹⁵² Né in questa né in ulteriori testimonianze contenute nelle fonti vengono invece fornite informazioni più dettagliate circa le forme e i contenuti del relativo accertamento, al punto che - come già evidenziato - da alcune parti si è persino messa in dubbio la sua effettiva esperibilità nelle ipotesi di assenza. A condizione di ammetterne l'esistenza, tuttavia, deve presumersi che questa forma di *cognitio* si sarebbe svolta coi contenuti ordinari e le modalità caratteristiche delle altre ipotesi di cognizione preliminare della causa da parte del magistrato nella fase *in iure* previste in altri luoghi dell'editto. In generale sulla natura e le funzioni della *causae cognitio* R. MARTINI, *Il problema della causae cognitio pretoria*, Milano, 1960, *passim*, nonché - con speciale riferimento all'impiego della stessa in vista dell'adozione di provvedimenti interinali - M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 190.

¹⁵³ In questo senso si esprime ad es. S. RICCOBONO, *Studi critici*, cit., p. 197 ss. Analogamente H.R. ENGELMANN, *Die Voraussetzungen der missio in bona rei servandae causae*, Stuttgart, p. 4 ss. In generale sul contenuto del frammento e le diverse ricostruzioni critiche riguardo ad esso formulate si veda anche A. GOMEZ-IGLESIAS-CASAL, *Citaciòn y comparecencia*, cit., p. 160 ss.

¹⁵⁴ Ossia, in ultima analisi, alle due potenziali sanzioni «mitigate» nei confronti dell'assente sopra ipotizzate sulla base delle fonti che appaiono differenziare la sua situazione rispetto a quella del latitante.

vato all'assente si avvicinasse per certi versi a quello della *distractio* (caratterizzato appunto da un'estensione del periodo utile per la soddisfazione dei creditori), sia con la tendenza ad adeguare il più possibile gli effetti della *missio* nei confronti del *vocatus* alle effettive esigenze dell'attore insoddisfatto (sottesa come si è visto anche alla eventualità, testimoniata dalle fonti, che in alcuni casi il provvedimento pretorio nei confronti dell'assente venisse circoscritto alle singole cose oggetto del giudizio).

Pur in mancanza di indicazioni più specifiche ricavabili dalle fonti o dalla consistenza dell'editto in base ad esse ricostruibile, può a questo punto immaginarsi - con relativa accuratezza - quale sia stata l'evoluzione storica del sistema pretorio di garanzia della chiamata attraverso l'introduzione delle due clausole in esame. La prima problematica ad essersi manifestata a tal proposito nella prassi applicativa dev'essere stata - con ogni probabilità - quella del convenuto che, per sottrarsi al giudizio, sfuggisse o si nascondesse dall'avversario impedendo materialmente l'esecuzione della chiamata; condotta che non soltanto manifesta apertamente la volontà del *vocatus* di evitare il confronto in sede processuale ma rende anche di fatto impraticabili le più antiche forme di coazione personale riconosciute al vocante dalle XII Tavole¹⁵⁵. È quindi verosimile che - di fronte ai radicali impedimenti all'introduzione del giudizio potenzialmente derivanti da siffatte condotte - il pretore abbia innanzitutto provveduto ad introdurre nell'editto *ex quibus causis in possessionem mittitur* una clausola specifica nei confronti del convenuto *qui fraudationis causa latitaverit*, consentendo all'attore frustrato nel proprio interesse di instaurare la lite di immettersi nel possesso dei beni del primo e di avvalersi eventualmente della più efficace forma di garanzia patrimoniale indiretta rappresentata dalla vendita degli stessi in favore di terzi, la quale avrebbe consentito (come si è visto) la prosecuzione del giudizio nonostante

¹⁵⁵ È infatti evidente che il rifiuto intenzionale del convenuto di prestarsi personalmente alla *vocatio* effettuata dall'avversario impediva in radice la stessa realizzazione dei presupposti necessari all'applicazione dei rimedi decemvirali (apprensione corporale in forma pubblica e successiva *manus iniectio*), i quali richiedevano in ogni caso - per la loro stessa natura - quanto meno la presenza fisica del *vocatus* al momento della chiamata. Per converso, si è visto come la situazione del latitante in età formulare potesse indifferentemente manifestarsi sia in assenza del convenuto che in presenza del medesimo nelle vicinanze del tribunale ma di intangibilità dello stesso per diversa ragione, come nel caso paradigmatico (testimoniato dalle fonti) del *vocatus* che, pur notoriamente in città, si rinchiude in casa per evitare di comparire in pubblico ed essere chiamato. Al proposito si veda *supra* § 3.1.2.

il rifiuto inizialmente manifestato dalla parte interessata¹⁵⁶. Vista l'intrinseca limitazione di tale clausola alle fattispecie di irreperibilità del *vocatus* connotate da una specifica intenzione maliziosa da parte di quest'ultimo, deve tuttavia essersi ben presto avvertita l'esigenza concreta di estendere l'applicazione della tutela pretoria anche alle ipotesi di impraticabilità della *vocatio* per assenza del convenuto per ragioni diverse dalla *causa fraudationis*, come nel caso di assenza (ingiustificata) nel luogo del giudizio o di impedimento incolpevole di presentarsi personalmente al momento della chiamata, i quali determinano del resto - a prescindere dal differente atteggiamento psicologico della parte interessata - conseguenze pratiche del tutto equivalenti a quelle della latitanza dolosa, impedendo a loro volta all'avversario di perfezionare efficacemente la citazione in giudizio e rendendo conseguentemente impossibile la regolare introduzione del processo al cospetto del magistrato¹⁵⁷. Non stupisce pertanto che - accanto all'originario riferimento al latitante quale possibile destinatario della *missio in possessionem* e della *venditio bonorum* - il pretore abbia successivamente introdotto (ancorché in un momento storico non meglio individuabile) una autonomia ed apposita clausola relativa al *vocatus qui absens defensus non fuerit*¹⁵⁸, rendendo in questo modo applicabili le medesime conseguenze patrimoniali dell'assenza dolosamente programmata anche ai casi di irreperibilità nel giudizio dovuti a ragioni puramente «obiettive». Il che consentirebbe tra l'altro di spiegare - in una chiave diversa - anche la formale somiglianza tra le clausole edittali relative al latitante ed all'assente *indefensus* nonostante l'evidente disparità delle condotte sanzionate sotto il profilo soggettivo, la quale potrebbe così giustificarsi - in prospettiva storica - proprio in ragione del più recente inserimento della seconda quale semplice «estensione» degli effetti della prima a situazioni diverse - e assai meno gravi - rispetto a quel-

¹⁵⁶ Per alcune ipotesi in merito alle ragioni originarie che avrebbero giustificato la concessione della *bonorum venditio* nei confronti del latitante si veda G. PUGLIESE, *Le voies de recours sanctionnant l'in jus vocatio*, cit., p. 272 ss. Sul punto può rinviarsi anche O. CARRELLI, *Per un'ipotesi*, cit., p. 451.

¹⁵⁷ Sulla sostanziale identità tra assenza e latitanza in termini di preclusione alla costituzione della lite insiste in particolare A. GOMEZ-IGLESIAS-CASAL, *Citaciòn y comparecencia*, cit., il quale riconduce alla stessa, come si è visto, la perfetta parità di trattamento di assenti e latitanti che traspare dalle fonti.

¹⁵⁸ Nel senso della posteriorità storica della clausola relativa all'assente rispetto all'ipotesi originaria della latitanza processuale si esprime tra gli altri I. BUTI, *Il praetor*, cit., p. 275 ss. Di un'"estensione" successiva del trattamento processuale riservato al latitante anche nei confronti del convenuto assente e non difeso nel giudizio parla anche M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, p. 222.

le originariamente contemplate in relazione al latitante¹⁵⁹. Che poi la clausola specifica relativa a quest'ultimo sia stata conservata anche in epoca successiva, nonostante la sopravvenuta sanzionabilità dell'assenza (comprensiva in astratto anche dei casi di irreperibilità dolosa) la rendesse di fatto formalmente superflua, può a sua volta giustificarsi in prospettiva storica alla luce della preesistenza delle medesima clausola all'interno dell'editto, la quale motiva al contempo gli sforzi progressivamente condotti dalla giurisprudenza successiva onde individuare una distinzione concettuale tra le due situazioni nonostante la formale identità delle loro conseguenze.

In un momento ancora più recente, infine, quando alla clausola originaria relativa al latitante si era ormai definitivamente affiancata quella nei confronti dell'assente incolpevole, la perfetta equiparazione sanzionatoria delle rispettive condotte all'interno dell'editto dev'essere apparsa in concreto eccessivamente gravosa nei confronti di quest'ultimo, spingendo con il tempo il pretore - nell'applicazione dell'unico rimedio fino ad allora predisposto - a tener conto della differente gravità delle due situazioni sotto il profilo dell'imputabilità dell'assenza al soggetto irreperibile e a predisporre di conseguenza delle soluzioni differenziate per ciascuna di esse. In tal modo, pur rimanendo invariato (e quindi formalmente unitario) il tenore delle due clausole edituali, il regime sanzionatorio del *vocatus* assente ma non latitante potrebbe essersi progressivamente discostato e attenuato rispetto a quello del latitante doloso, assumendo nell'applicazione concreta delle implicazioni almeno in parte più miti in considerazione del minor disvalore sociale e processuale della condotta interessata, suscettibile sì di impedire il giudizio (al pari della *latitatio* vera e propria), ma al tempo

¹⁵⁹ Che quello descritto sia stato verosimilmente l'ordine di successione delle due clausole edituali anche in epoca classica sembra del resto potersi ricavare - se non altro indirettamente - anche dalla già richiamata testimonianza ciceroniana dell'orazione *Pro Quinctio*, nella cui seconda parte si restituisce in effetti, argomentando a *contrario* in difesa del convenuto, la medesima sequenza delle parole dell'editto sulla *missio in possessionem* che si è visto potersi implicitamente desumere dalle fonti del Digesto relative all'assenza e alla più grave *latitatio*, specie per quanto riguarda l'apparente collocazione del riferimento specifico alla condizione dell'assente quale ultima ipotesi di concessione del decreto pretorio per l'immissione nel possesso. Dal che può appunto ricavarsi una conferma mediata nel senso della più recente introduzione della relativa tutela nel contesto dell'editto e della più generica connotazione della stessa e dei suoi presupposti rispetto a quelli contemplati dalle clausole precedenti (compresa quella specificamente riferita alla situazione del latitante). Sul significato dell'orazione ciceroniana ai fini della ricostruzione dei profili in esame si vedano tra gli altri G. FILOMUSI GUELF, *Il processo contumacia*, cit., p. 24 ss. e J. BÖHM, *Die missio in bona*, p. 63 ss. Per un'esegesi complessiva del discorso e dei suoi singoli passaggi può rinviarsi invece a A.R. MARCHESI, *Delle orazioni scelte di M. Tullio Cicerone*, I - *Le orazioni di genere giudiziale*, Napoli, 1860, spec. pp. 3 ss.

stesso non espressiva di una cosciente intenzione in tal senso e per questo più verosimilmente sanabile in un momento successivo su iniziativa dello stesso convenuto inizialmente irreperibile. L'effettivo trattamento dell'assenza processuale, di conseguenza, anziché rimanere del tutto aderente a quello della latitanza (come implicitamente suggerito dalla coincidenza formale delle relative sanzioni), ha verosimilmente finito per allontanarsene in maniera considerevole per effetto dello sforzo congiunto della giurisprudenza e del pretore, subendo con il tempo una parziale attenuazione delle proprie conseguenze intesa ad adeguare la concreta incidenza della sanzione prescritta all'effettiva gravità dei comportamenti sanzionati e a favorire la partecipazione successiva del convenuto assente ma nondimeno disposto ad aderire al giudizio. Ciò che sembrerebbe potere essere avvenuto, se la ricostruzione proposta nei precedenti paragrafi può ritenersi corretta, sia con la limitazione dell'esecuzione patrimoniale nei confronti dell'assente ai soli beni effettivamente interessati dal giudizio a suo carico, che (al tempo stesso o in via alternativa) con una gestione flessibile delle relative procedure volta ad incentivare per quanto possibile il suo intervento tardivo e ad evitargli di subire conseguenze patrimoniali eccessivamente gravose durante il periodo di tempo concretamente necessario per aderire al processo. Non dunque con un'unica risposta indifferentemente applicabile tanto all'assente quanto al latitante, bensì per il tramite di reazioni variabili e adeguatamente differenziate a seconda dell'effettiva incidenza della condotta del *vocatus* sulla possibilità dell'attore di instaurare la lite, in modo tale da assicurare in concreto - oltre al generale effetto di coazione indiretta derivante dalla minaccia dell'esecuzione patrimoniale - una certa proporzionalità degli effetti di quest'ultima in relazione alle circostanze in cui è chiamata ad operare: più immediate ed evidentemente dannose in presenza di un aperto rifiuto di sottostare al giudizio (il quale richiede pertanto un intervento sanzionatorio parimenti immediato); più neutrali ed ambivalenti laddove l'irreperibilità della parte convenuta dipenda invece unicamente da circostanze obiettive (le quali rendono di conseguenza opportuna una repressione meno severa e tendenzialmente più favorevole alla possibilità che il *vocatus* intervenga tardivamente).

Correlativamente a tale processo di differenziazione dei rimedi pretori a garanzia della chiamata, appare poi alquanto verosimile che si sia assistito ad una progressiva ri-

definizione del ruolo e della portata delle antiche sanzioni decemvirali a tal fine predisposte, le quali devono aver in questo senso conosciuto - per via della concorrenza dell'intervento pretorio - una notevole trasformazione del proprio regime originario. Se la predisposizione ad opera del pretore di appositi e più efficaci meccanismi repressivi di natura patrimoniale non ha comportato (nei termini suddetti) un'integrale soppressione delle più risalenti forme di coazione personale delle *legis actiones*, è infatti inevitabile che la maggiore adeguatezza dei rimedi pretori alle concrete esigenze del processo *per formulas* abbia ben presto determinato - nella prassi applicativa - un significativo ridimensionamento dell'effettiva importanza delle sanzioni più antiche, specie in considerazione del fatto (già sopra evidenziato) che queste ultime si rivelassero non di rado inadeguate - proprio per il loro carattere eminentemente personale - ad assicurare in maniera efficiente la corretta introduzione della lite¹⁶⁰. È quindi verosimile che, pur non essendo del tutto scomparsi con l'avvento delle *formulae*, i mezzi decemvirali di coazione personale del *vocatus* irreperibile siano rimasti applicabili, una volta definitosi il più coerente sistema pretorio di coazione indiretta, unicamente in un numero di casi relativamente circoscritto, corrispondenti con ogni probabilità - almeno nella fase più matura di evoluzione del sistema - a quelle situazioni (ormai marginali) in cui le garanzie offerte dalla *missio in bona* e dall'eventuale *venditio* dei beni del convenuto si rivelassero per qualche ragione insufficienti o altrimenti impraticabili, come nel caso paradigmatico del convenuto nullo e come tale del tutto indifferente alla minaccia derivante dall'esecuzione patrimoniale nei suoi confronti eventualmente disposta¹⁶¹. Nelle medesime ipotesi, infatti, il ricorso ai più radicali meccanismi della coazione personale diretta come anticamente disciplinata dai precetti decemvirali (legittimanti come noto l'apprensione materiale del convenuto recalcitrante e la sua *ductio* in tribunale da parte dell'attore) rimanevano di fatto la sola garanzia possibile dell'efficacia della *vocatio* di fronte

¹⁶⁰ A tal proposito può rinviarsi a quanto già *supra* osservato *sub* § 3.1.1.

¹⁶¹ In questo senso si veda, in particolare, G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio*, cit., p. 89 ss, il quale riporta - oltre all'ipotesi del debitore munito di un patrimonio incapiente - quella (senz'altro più frequente nella prassi applicativa) del convenuto irreperibile al momento della chiamata che, pur disponendo di beni sufficienti ad essere espropriati e venduti ai creditori, sia nondimeno in grado di occultare gli stessi e di sottrarli pertanto alle eventuali procedure di esecuzione forzata disposte dal pretore. In senso analogo sembra esprimersi anche G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, cit., p. 370 ss., secondo il quale l'esercizio diretto della forza nei confronti del *vocatus* dovette rimanere ammissibile anche in età formulare quanto meno laddove "il convenuto fosse reperibile ma recalcitrante".

all'evidente impossibilità di ricorrere in alternativa ai rimedi pretori, cosicché la sola alternativa alla concessione di questi ultimi sarebbe stata la radicale esclusione degli effetti della *vocatio* e la conseguente infruttuosità dell'instaurazione del processo. Deve quindi ritenersi oltremodo plausibile che il pretore, pur ricorrendo ovviamente in via preferenziale ai rimedi contemplati all'interno dell'editto, continuasse al tempo stesso a concedere - almeno in questi casi - anche l'alternativa della coazione fisica nei confronti del *vocatus* realizzata in particolare nelle forme della *ductio*, la quale conservava in tal modo la propria efficacia ma subiva una notevole trasformazione del suo significato originario, convertendosi da strumento generale di attuazione della chiamata a rimedio di carattere marcatamente eccezionale operante soltanto quale *extrema ratio* laddove i rimedi ordinari offerti dal pretore non fossero in grado di offrire - per le particolari circostanze della resistenza del *vocatus* - un'adeguata garanzia della chiamata in giudizio¹⁶². Per le stesse ragioni, sembra inoltre potersi ipotizzare che la coazione personale diretta nelle forme della *ductio* continuasse a poter essere impiegata - in via eccezionale - anche laddove il convenuto opponesse alla chiamata una resistenza radicale e di particolare intensità, tale da far apparire il semplice ricorso ai rimedi patrimoniali nei confronti del latitante una sanzione troppo lieve e non del tutto adeguata¹⁶³. Nel qual caso il pretore avrebbe appunto potuto concedere, di fronte all'inequivocabile atteggiamento ostruzionistico manifestato dall'avversario (tale da rendere del tutto inverosimile il suo superamento con i rimedi ordinari¹⁶⁴), la possibilità di ricorrere - in alternativa a questi ultimi - all'esercizio diretto della vio-

¹⁶² Eloquenti in tal senso le parole di G. PROVERA, *Il principio*, cit. p. 90, secondo il quale "in definitiva, ogniquale volta tale misura [la *missio in bona*] si rivelava inefficace come sanzione esecutiva, non restava che ricorrere alla *ductio* e quindi all'esecuzione personale [...]". Sostanzialmente coerenti con tale ricostruzione anche I. BUTI, *Il praetor*, cit., p. 255, nt. 105 e p. 293; e L. D'AMATI, *Sulla cooperazione*, cit., p. 885, la quale evidenzia - all'esito di una complessa riflessione circa le origini della *missio in bona* quale rimedio nei confronti del *vocatus* irreperibile - che lo stesso si sarebbe affermato nella giurisdizione pretoria come sanzione tipica delle ipotesi di contumacia "pur rimanendo comunque in concorso elettivo o cumulativo con la *ductio* personale del convenuto". Meno recente ma altrettanto univoca nel riconoscere la sopravvivenza della *ductio* personale accanto ai più efficaci rimedi di creazione pretoria appare infine l'opinione di F. WOESS, *Personalexecution*, cit., pp. 487 ss.

¹⁶³ L'immagine che si può richiamare a rappresentazione della particolare gravità di simili condotte è quella, in parte già emersa dall'esame dei comportamenti descritti nei precetti decemvirali, di un convenuto che non soltanto rifiuta apertamente di presentarsi in giudizio, ma scalpita e si oppone anche fisicamente con gesti che rendono del tutto inequivocabile la sua indisponibilità ad attuare la chiamata.

¹⁶⁴ È quanto ipotizza, come si è visto, G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, cit., p. 370, quando riconduce in astratto la possibilità della *ductio* in età formulare anche ai casi di resistenza da parte del *vocatus* che, per quanto presente nel luogo del giudizio, rifiuta apertamente di accettare la chiamata.

lenza fisica nei confronti del *vocatus* allo scopo di trascinarlo di fronte al magistrato.

Riassumendo e concludendo, può a questo punto osservarsi come l'insieme dei rimedi pretori a garanzia dell'introduzione del giudizio nei confronti del convenuto che rimanga irreperibile sia venuto sviluppandosi alla stregua di un sistema intimamente coerente ma al tempo stesso notevolmente diversificato sulla base delle concrete esigenze dallo stesso perseguite. Se da un lato l'intervento del pretore a garanzia della chiamata si è limitato alla predisposizione di un unico meccanismo rimediale a contenuto patrimoniale tanto nei confronti del latitante fraudolento quanto in relazione all'assente incolpevole, infatti, il medesimo ha dimostrato per altro verso - nel suo concreto sviluppo - una notevole capacità di differenziazione e adeguamento alle diverse sfaccettature con le quali il problema può in concreto manifestarsi all'interno del processo, dando vita come si è visto a una struttura di repressione della mancata cooperazione del convenuto all'instaurazione della lite assai più complessa di ciò che le apparenze sembrerebbero suggerire. Ciò tanto sotto il profilo dei rapporti tra il nuovo sistema di sanzioni del *vocatus* e i rimedi ereditati dal processo più antico (che come si è detto non sono stati soppressi ma piuttosto integrati con differente funzione), quanto in termini di capacità dello stesso di adattarsi al proprio interno alla eterogenea varietà delle vicende impeditive della *vocatio* dell'attore, articolandosi in concreto - se non altro nella prassi applicativa di pretore e giurisprudenza - in forme di reazione di intensità variabile a seconda della differente connotazione delle condotte del *vocatus*: da un lato con la descritta elaborazione della dicotomia concettuale tra assenza e latitanza (basata sul differente atteggiamento psicologico del convenuto irreperibile); dall'altro con la riconduzione a ciascuna di esse di conseguenze parzialmente differenziate tanto in termini di effettiva gravità della sanzione prescritta, quanto (come si è ritenuto di poter giudicare altrettanto plausibile) sotto il profilo dello svolgimento cronologico dell'applicazione della stessa al convenuto resistente. Quello che emerge da un esame più approfondito dei rimedi elaborati dal pretore a garanzia della *vocatio*, che vada oltre la valutazione superficiale della loro struttura e consideri al contempo le modalità operative del loro funzionamento, è in altri termini l'immagine di un meccanismo complesso e sorprendentemente flessibile, caratterizzato sì - sul piano formale - dal ricorso ad un'unica sanzione di carattere *lato sensu*

esecutivo (corrispondente, come si è visto, alla *missio in possessionem* normalmente concessa nei confronti del soccombente), ma contraddistinto al tempo stesso - e cioè nondimeno - da una significativa variabilità della medesima sanzione a seconda delle concrete esigenze della fattispecie interessata. Un meccanismo, cioè, in cui gli strumenti di coazione patrimoniale nei confronti del *vocatus* indisponibile alla chiamata non operano indifferentemente - alla stregua di un rimedio «monolitico» - di fronte a qualsiasi comportamento impeditivo del giudizio, ma presentano piuttosto - grazie alla consueta flessibilità degli interventi pretori fondati sull'*imperium*¹⁶⁵ - una certa capacità di conformazione e adeguamento alle diverse situazioni in cui devono operare, manifestando in tal senso una rilevante «gradualità applicativa» in base all'effettiva gravità delle condotte sanzionate (alle quali corrisponde pertanto un'applicazione della sanzione tanto più gravosa quanto maggiore è la loro incidenza sull'effettività della chiamata): dalla conseguenza più blanda della semplice immissione nel possesso (del singolo bene) che si è visto poter essere disposta - fino alla sua comparizione - nel caso del convenuto semplicemente irreperibile per ragioni obiettive (*absentia*), fino a quella - più radicale e irreversibile - della vendita forzata dell'intero patrimonio concessa dal pretore all'attore insoddisfatto di fronte al deliberato tentativo della parte convenuta di sottrarsi al giudizio (*latitatio*)¹⁶⁶; senza peraltro rinunciare - almeno nelle ipotesi di maggiore gravità in cui i suddetti rimedi sarebbero stati inefficaci - ai più estremi meccanismi della coazione personale sul convenuto resistente (tipicamente attuabile, ancora in quest'epoca, nelle forme della *ductio*). Il che, oltre ad avvicinare ulteriormente il sistema pretorio di repressione della contumacia del *vocatus* alle analoghe strutture di matrice decemvirale (a loro volta segnate, come si è visto, da una certa progressività delle sanzioni applicabili), dimostra una volta di più come le ragioni del successo - e della definitiva affermazione - del sistema introdotto dal pretore nel processo *per formulas* siano da ricercarsi non soltanto nell'introduzione di un meccanismo di coazione patrimoniale (indiretta) alternativo e più efficace ri-

¹⁶⁵ Per l'intima correlazione tra l'esercizio dell'*imperium* e la flessibilità e adeguatezza del sistema pretorio di garanzia della *vocatio* si veda in particolare I. BUTI, *Il praetor*, cit., p. 262 e nt. 134.

¹⁶⁶ Di un "graduale ampliamento dell'intervento del Pretore" nei confronti dell'*absentia*, come si è visto, parla anche O. CARRELLI, *Per un'ipotesi*, cit., p. 440 ss., il quale osserva tra l'altro come tale processo di graduale estensione delle misure magistratuali di coazione indiretta del convenuto recalcitrante debba invero considerarsi avviato già in epoca notevolmente antecedente all'introduzione dei rimedi edittali di cui si tratta in questa sede, ben potendosi quindi identificare nello stesso un significativo elemento di continuità tra il processo formulare e l'esperienza più antica. Sul punto v. anche *infra* § 4.

spetto a quello puramente personale del processo più antico, ma anche (e forse soprattutto) nella capacità di offrire - affiancandosi a quest'ultimo e ampliandone la portata a situazioni diverse - delle risposte processuali adeguatamente differenziate a fronte delle molteplici forme in cui può in concreto manifestarsi la resistenza del convenuto alla chiamata in giudizio perfezionata dall'attore.

3.2. Altri rimedi di creazione pretoria posti a garanzia dell'introduzione del giudizio

Il fatto che le specifiche sanzioni finora descritte, e consistenti come si è detto nella previsione di autonomi meccanismi di coazione patrimoniale indiretta nei confronti del convenuto assente o latitante, abbiano senz'altro rappresentato la principale innovazione del diritto onorario rispetto ai meccanismi di garanzia della chiamata allo stesso preesistenti, non significa tuttavia che l'intervento del pretore nella materia in esame si sia esaurito completamente con l'introduzione dei medesimi. Se si guarda all'editto e alla riflessione dei giuristi intorno ad esso maturata, ci si avvede infatti che - accanto a quel fondamentale sistema di garanzie della *vocatio* - la giurisdizione del pretore è giunta con il tempo a sviluppare e perfezionare nella prassi anche dei rimedi ulteriori e di natura diversa operanti in parallelo o in alternativa alle stesse, a testimonianza del fatto che, come spesso è avvenuto nella vicenda evolutiva del diritto onorario¹⁶⁷, il medesimo obiettivo di tutela processuale risulta in concreto perseguito mediante strumenti differenti. Vi è dunque una serie istituti (a loro volta prodotto dell'intercessione pretoria) che, pur non rivestendo la rilevanza o l'ampiezza del descritto ricorso alla *missio in possessionem* quale mezzo di contrasto dell'inerzia del *vocatus*, concorrono a loro volta - a determinate condizioni - ad assicurare all'attore la regolare introduzione del giudizio nonostante i possibili impedimenti di natura «patologica» che potrebbero ostacolarla, e ai quali può pertanto riconoscersi - nei termini che vedremo - un ruolo complementare e una funzione integra-

¹⁶⁷ Si pensi solamente alla vicenda - in questo senso paradigmatica - del progressivo affiancamento delle azioni onorarie concepite *in factum* rispetto a quelle inizialmente riconosciute dal diritto civile, nel cui contesto l'intervento del pretore ha di fatto condotto - sulla base di una valutazione pragmatica delle singole fattispecie sprovviste di tutela - all'edificazione di un variegato sistema di garanzie aggiuntive volte ad integrare le tutele già esistenti. Su tali caratteristiche di fluidità e pluralismo delle modalità d'intervento del diritto pretorio v. M. LAURIA, *Ius civile ius honorarium*, Milano, 1943; M. KASER, *Zum Ius honorarium*, in ZSS, 101 (1981), pp. 1-114.; nonché - più di recente - V. GIUFFRÈ, *La traccia di Quinto Mucio: Studio su diritto civile e diritto onorario*, Napoli, 1993.

tiva del meccanismo di garanzie che si è finora descritto, di cui contribuiscono ulteriormente ad aumentare la varietà, oltre che il livello di efficacia complessiva¹⁶⁸. Vari e notevolmente eterogenei appaiono invece la natura e i contenuti specifici di tali strumenti «aggiuntivi» di creazione pretoria, come anche i loro rapporti - diretti o indiretti - con la garanzia fondamentale offerta all'attore - nelle forme suddette - dalla possibilità di una coazione indiretta di natura esecutiva nei confronti del *vocatus*. In alcuni casi, come vedremo, si tratta semplicemente di rimedi che, pur presentando una struttura e modalità di funzionamento notevolmente differenti, perseguono nella sostanza la medesima finalità della *missio in possessionem* con potenziale *venditio* (vale a dire la costrizione mediata del convenuto recalcitrante a partecipare al giudizio nei suoi confronti promosso), operando in tal senso - rispetto a quest'ultima - alla stregua di un meccanismo di carattere alternativo suscettibile di sovrapporsi (almeno in parte) alla sfera di applicazione del rimedio più generale. È questo il caso, tra gli altri ed in modo particolare, delle specifiche azioni introdotte dal pretore nei confronti del convenuto che - per qualsivoglia ragione - rifiuti di adempiere alla chiamata dell'avversario e di comparire in giudizio, intese a loro volta a garantire (seppur in altra forma) l'efficacia della *vocatio* e come tali potenzialmente utilizzabili - per lo meno in determinate circostanze e a discrezione del vocante - in alternativa o in sostituzione del più radicale ricorso alla repressione attuata nelle forme della *missio*. In altre ipotesi, invece, la funzione degli strumenti complementari introdotti dal pretore accanto a quello ordinario dell'esecuzione patrimoniale non appare quella di integrare o rafforzare la garanzia generale offerta dalla *missio*, quanto piuttosto quella di predisporre una tutela adeguata a fronte di ulteriori situazioni potenzialmente ostative dell'introduzione del giudizio rispetto alle quali l'ordinario ricorso alla coazione patrimoniale del convenuto irreperibile non potrebbe costituire una sanzione efficace, offrendo in tal modo all'attore eventualmente danneggiato dei relativi comportamenti degli strumenti alternativi a tutela del proprio interesse alla costituzione della lite. Così - ad esempio - nel caso delle sanzioni predisposte dal pretore nei confronti del terzo che impedisca al *vocatus* di comparire in giudizio una volta convenuto o in

¹⁶⁸ L. D'AMATI, *Sulla cooperazione*, cit., pp. 863 ss. parla in tal senso delle sanzioni pretorie a carico del convenuto resistente alla chiamata come di un sistema di rimedi che - all'esito della loro evoluzione - "si muovevano su diversi livelli [...]" e potevano condurre, "contemporaneamente, a conseguenze di carattere del tutto diverso", sottintendendo con ciò la possibilità implicita di una loro concorrenza.

quello dei rimedi (a loro volta riconducibili all'intervento del magistrato) preposti alla repressione dell'inadempimento colposo della chiamata in tribunale laddove questa sia stata realizzata - anziché nelle forme ordinarie della *vocatio in ius* - in quelle più articolate del cd. *vadimonium*; entrambe situazioni caratterizzate evidentemente da circostanze diverse da quelle normalmente sottese alla semplice irreperibilità del *vocatus* al momento della chiamata, il che renderebbe insufficiente e tendenzialmente superfluo il ricorso nelle stesse ai rimedi ordinariamente applicabili nei confronti di quest'ultimo e incentrati sulla minaccia di un'esecuzione forzata sul suo patrimonio.

Per evidenti ragioni di coerenza e di economia dell'indagine, una ricostruzione esaustiva dei molteplici rimedi predisposti dal pretore a integrazione e a completamento degli ordinari meccanismi a garanzia della chiamata risulterebbe in questa sede difficilmente praticabile. Non soltanto, infatti, la pretesa di una compiuta ricognizione della materia in esame imporrebbe di considerare (e di includere nell'indagine) anche istituti relativamente distanti da quelli esaminati nei paragrafi precedenti, ma rischierebbe al tempo stesso di compromettere - per la varietà e l'eterogeneità di questi ultimi - la linearità del discorso fino ad ora condotto in merito alle garanzie della cooperazione delle parti all'introduzione del giudizio, che si è voluta circoscrivere (come annunciato in apertura) ai soli strumenti specificatamente preposti a tale risultato¹⁶⁹. Nell'impossibilità di offrirne una rassegna esauriente, si è pertanto preferito limitare la trattazione dei rimedi «complementari» della *missio in possessionem* nei confronti del *vocatus* a quelli fra gli stessi che sono apparsi più propriamente coerenti con le finalità dell'indagine, vale a dire a quegli istituti di creazione pretoria che si presentano specificamente preposti - per la loro impostazione e il loro concreto funzionamento - allo scopo di assicurare la regolare instaurazione della lite nonostante le

¹⁶⁹ È del resto evidente che - portata alle sue estreme conseguenze - una simile ricerca degli strumenti processuali intesi a tutelare la regolarità del giudizio nella sua fase introduttiva avrebbe potuto condurre a risultati fuorvianti, costringendo ad esaminare non soltanto gli istituti più chiaramente e inequivocabilmente deputati a tale scopo, ma anche quegli aspetti di istituti diversi che, pur perseguendo obiettivi ulteriori, sembrano indirettamente concorrere anche a questa funzione; e rischiando - da ultimo - di far perdere traccia di eventuali elementi comuni alle fattispecie esaminate. Nonostante ciò comporti una parziale rinuncia a profili della ricerca potenzialmente rilevanti, è apparso quindi indispensabile individuare in qualche punto una linea di confine. Per l'approfondimento di alcuni dei profili relativi alla disciplina del processo *per formulas* in tal senso trascurati può rinviarsi - tra gli altri - a A. GOMEZ IGLESIAS-CASAL, *Citacion y comparecencia*, cit., nonché alla ulteriore letteratura ivi richiamata.

eventuali condotte della parte interessata con la stessa incompatibili. Nel contesto di tali istituti, inoltre, si è ritenuto opportuno concentrare l'attenzione su una selezione ragionata dei rimedi in esame, individuando - alla luce delle fonti - quelli più apertamente strumentali alla suddetta finalità e trascurando per converso tanto quegli istituti formalmente connessi all'introduzione del giudizio ma nondimeno estranei a una sua immediata tutela a vantaggio dell'attore, quanto quelli in cui siffatta finalità appaia esclusivamente perseguita in misura marginale oppure in una forma indiretta¹⁷⁰. In quest'ottica e alla luce delle valutazioni metodologiche appena tratteggiate, nei prossimi paragrafi ci si occuperà innanzitutto dell'azione *in factum* garantita dal pretore nei confronti del convenuto che - una volta chiamato - non comparisse in giudizio né fosse disposto a prestare un idoneo garante, la quale verrà esaminata quale rimedio specifico della contumacia del convenuto evidenziando da un lato la natura giuridica e il concreto funzionamento ed indagandone dall'altro i possibili rapporti con gli strumenti ordinari della *missio in possessionem* (§ 3.2.1). In un secondo momento ci si occuperà poi delle possibili conseguenze a carico del *vocatus* dell'inservanza del *vadimonium* processuale quale strumento alternativo per l'introduzione del giudizio (cd. *vadimonium desertum*), evidenziando in particolare le analogie e le differenze fra tali implicazioni e le sanzioni specifiche a garanzia della *vocatio* e descrivendo le maggiori incertezze che emergono al proposito sulla scorta delle fonti (§ 3.2.2). Un ultimo approfondimento sarà infine dedicato, prima della sintesi conclusiva di questa parte dell'indagine, ai rimedi pretori specificamente diretti ad assicurare l'efficacia della chiamata in giudizio contro gli eventuali comportamenti impeditivi della stessa provenienti dai terzi, indagandone anche in questo caso le forme e i contenuti con particolare riferimento alle loro interazioni coi precedenti rimedi (§ 3.2.3).

¹⁷⁰ È questo il caso, per limitarsi all'esempio probabilmente più evidente, delle sanzioni (patrimoniali) disposte dal magistrato nei confronti del vocante che avesse preteso di perfezionare la chiamata pur in assenza dell'autorizzazione pretoria a tal fine richiesta - in epoca classica - nei confronti di determinate categorie di soggetti (D. 4.6.26.2), le quali attengono evidentemente all'instaurazione del giudizio ma non condizionano direttamente la sua possibilità (tant'è vero che la *vocatio* rimaneva efficace ancorché attuata in assenza della prescritta autorizzazione). Sul punto O. LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 69. Più in generale sulle ipotesi di obbligatorietà di un'autorizzazione pretoria alla chiamata in giudizio M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 221 ss. e A. FERNANDEZ BARREIRO, *Autorización pretoria para la in ius vocatio*, in *SDHI*, 37 (1971), p. 264 ss. Oltre che in relazione al suddetto istituto, analoghe considerazioni potrebbero inoltre svolgersi per i rimedi volti ad assicurare la presenza della cosa *in iure* nelle azioni reali o per le già richiamate sanzioni a garanzia dell'*editio actionis*, a loro volta formalmente collegate all'introduzione della lite ma non alla sua specifica tutela.

3.2.1 L'azione *in factum* avverso il convenuto qui non venerit neque vindicem dederit

Come già evidenziato in apertura del capitolo trattando dei caratteri della *vocatio in ius* nel processo più antico¹⁷¹, al convenuto destinatario della chiamata in giudizio effettuata dell'avversario nelle forme prescritte era legittimamente consentito di sottrarsi alla stessa (e così di evitare il generale obbligo di comparire personalmente di fronte al magistrato) offrendo - in alternativa - la comparizione di un *vindex*, vale a dire con l'intervento di un terzo (munito di specifiche caratteristiche di idoneità soggettiva) disposto ad intervenire in luogo del *vocatus* in qualità di garante della sua comparizione¹⁷². Una volta che avesse accettato di intervenire nel giudizio, il *vindex* avrebbe poi assunto le immediate difese del convenuto indisponibile a comparire personalmente, consentendo allo stesso di predisporre più agevolmente la propria tutela ed assumendo su di sé le eventuali conseguenze della sua contumacia, senza tuttavia liberare lo stesso dall'obbligo di presentarsi in un secondo momento dinanzi al magistrato e di assumere la causa nei confronti dell'avversario¹⁷³ (il che avrebbe contemporaneamente esonerato il garante dai rischi processuali in precedenza assunti

¹⁷¹ *Supra* § 2, ove si è accennato al problema trattando del ruolo del *vocatus* rispetto alla chiamata.

¹⁷² Per più ampi riferimenti all'istituto del *vindex*, al dibattito circa le sue origini nel processo più antico e alle sorti dello stesso nella procedura *per formulas* può rinviarsi, oltre che alla letteratura già sommariamente richiamata in apertura del capitolo, a G. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, cit., p. 25 ss.; G. BROGGINI, *Vindex und iudex*, in *ZSS*, 76 (1959), p. 113 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, cit., p. 260 ss.; M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 224-225 e C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, cit., p. 136. In senso contrario alla riconoscibilità di una specifica funzione del *vindex* in relazione alla *vocatio in ius* nel processo *per formulas* si sono espressi invece S. SCHLOSSMANN (*Der Vindex bei der in ius vocatio*, in *ZSS*, 24 (1903), p. 279 ss.) e F. LA ROSA (*Il vindex nella in ius vocatio e il garante del vadimonium*, in St. Betti, Milano, 1962, p. 300 s.), le cui tesi hanno tuttavia incontrato estese contestazioni nella letteratura più recente. Sulle sorti dell'istituto nella *cognitio extra ordinem* e il suo progressivo assorbimento nella più generale figura del *fideiussor iudicii sistendi causa* del processo giustiniano O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., pp. 80 ss.

¹⁷³ Ciò equivale a riconoscere che l'intervento del garante al momento della *vocatio* non liberava interamente il convenuto dei propri obblighi personali in relazione a quest'ultima, limitandosi a riconoscergli una dilazione degli stessi per il tempo necessario a intervenire direttamente. Per le conseguenti differenze tra la funzione del *vindex* nello specifico contesto dell'introduzione del giudizio e quella anticamente rivestita dallo stesso a garanzia della parte eventualmente assoggettata ad una *manus iniectio* (la quale poteva in tal modo sottrarsi al vincolo personale con la prestazione di un ostaggio: *manum sibi depellere*) si veda G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, cit., p. 263.

in luogo della parte per il caso di mancata comparizione da parte di quest'ultima¹⁷⁴).

Se da un lato la possibilità dell'intervento di un terzo a garanzia della *vocatio* può astrattamente favorire la corretta introduzione della lite (consentendo al convenuto di evitare l'eccessiva rigidità di una comparizione immediata), dall'altro essa comporta tuttavia - proprio in ragione della facoltà riconosciuta alla parte di sottrarsi temporaneamente alla partecipazione al giudizio - anche dei rischi e degli inconvenienti aggiuntivi per l'effettività della chiamata. Ben poteva accadere, infatti, che il convenuto inizialmente presente al momento della *vocatio* scegliesse di offrire un garante (e di ritardare pertanto la sua comparizione) con il solo intento di evitarla interamente anche in un secondo momento, avvantaggiandosi in tal senso dell'interposizione di un terzo onde perseguire l'effettivo e ben più grave risultato di sottrarsi al giudizio¹⁷⁵. Né un rimedio efficace a questo genere di condotte poteva provenire dagli ordinari strumenti predisposti dal pretore a garanzia della *vocatio* (*missio in bona, venditio*), posto che questi ultimi presuppongono in ogni caso, come si è visto, l'irreperibilità del convenuto al momento della chiamata, mentre nel caso dell'intervento di un garante il reale impedimento all'instaurazione della lite deriva piuttosto dalla mancata attuazione dell'iniziale promessa di comparire in giudizio e di fornire un fideiussore adeguato ad assicurarne il rispetto. Una situazione ostativa dell'introduzione del giudizio che - a ben guardare - frustra doppiamente l'interesse dell'attore alla regolarità di quest'ultima: da un lato, in quanto impedisce la costituzione immediata del rapporto processuale e, dall'altro, per l'inefficacia della stessa garanzia a tal fine prestata.

¹⁷⁴ Rischi che - almeno in età formulare - consistevano essenzialmente nella possibilità per l'attore rimasto insoddisfatto dalla contumacia dell'avversario di esercitare un'azione penale nei confronti del garante diretta ad ottenere la condanna dello stesso al *quantum ea res erit* (D. 2.8.2.5.). Sul punto G. PUGLIESE, *Le voies de recours*, cit., pp. 260 ss. Maggiori incertezze sussistono invece in merito alle conseguenze a carico del garante per la mancata comparizione della parte nella data stabilita all'epoca del più antico processo *per legis actiones*, posto che la suddetta responsabilità penale è sicuramente attestabile solamente per l'epoca più recente. Appare ad ogni modo plausibile che, per analogia con *vindex* nella *m.i.*, anche il garante della chiamata in giudizio che non avesse assicurato la presenza del *vocatus* potesse subire la radicale conseguenza dell'assoggettamento al potere personale indiscriminato dell'attore insoddisfatto. Così - tra gli altri - L. LEVY-BRUHL, *Recherches*, cit., p. 159 ss.

¹⁷⁵ Per questa ed altre ipotesi dei "sotterfugi" potenzialmente sfruttabili dal convenuto recalcitrante sulla scorta di un impiego *lato sensu* «abusivo» delle facoltà sottese alla prestazione di un *vindex* al momento della chiamata da parte dell'avversario si veda anche la efficace ricostruzione di I. BUTI, *Il praetor*, cit., p. 294 ss., il quale evidenzia tra l'altro come queste "ulteriori difficoltà che si potevano frapponere all'inizio del processo" debbano verosimilmente considerarsi alla luce del fatto che il complesso di misure predisposte dal pretore in età formulare a garanzia della *vocatio* doveva probabilmente aver ridotto quest'ultima "ad un formale e sia pur perentorio invito rivolto alla controparte [...]".

Non stupisce pertanto che, a fronte dei rischi di paralisi del processo potenzialmente derivanti da queste ulteriori minacce all'efficacia della *vocatio*, il pretore abbia ritenuto opportuno - nel concreto esercizio della propria giurisdizione - predisporre degli strumenti aggiuntivi specificamente preposti a fronteggiare e reprimere questo genere di condotte, i quali si sarebbero in tal senso affiancati - ed in parte sovrapposti¹⁷⁶ - ai rimedi normalmente concessi contro l'assente o il latitante fin dal momento della *vocatio in ius*. Dalla testimonianza delle fonti sembra in effetti potersi ricavare che, nei confronti del convenuto che non comparisse in tribunale dopo aver in qualche modo assicurato all'avversario la propria presenza nel giudizio (ossia contro il *vocatus qui non venerit neque vindicem dederit*¹⁷⁷) risultasse prevista - all'interno dell'editto - un'apposita azione di natura penale diretta all'irrogazione di una sanzione pecuniaria, la quale avrebbe assolto in tal senso - nel quadro dei rimedi predisposti dal pretore a garanzia dell'introduzione del processo - alla funzione di colpire quelle condotte del *vocatus* che non si risolvono in un impedimento immediato della chiamata in giudizio ma ne compromettono comunque gli effetti precludendo l'instaurazione della lite.

Che un simile rimedio fosse in effetti contemplato nel testo dell'editto (o quanto meno applicato nella giurisdizione pretoria) appare indirettamente confermato, in modo particolare, dallo stringato passaggio delle Istituzioni di Gaio nel quale si descrivono alcune delle clausole previste dal pretore nel titolo relativo alla *vocatio in ius*¹⁷⁸:

¹⁷⁶Sul problema dei rapporti tra i due ordini di rimedi si tornerà *infra* al termine del presente paragrafo.

¹⁷⁷ Il riferimento in questo modo effettuato alla dazione di un *vindex*, che come vedremo doveva verosimilmente comparire nella clausola edittale relativa a tale azione, consente tra le altre cose di comprendere per quali ragioni un analogo riferimento risulti testimoniato - all'interno di altre fonti sulla *vocatio in ius* - quale parte integrante della formulazione di quest'ultima. In proposito, si veda ad es. D. 2.6.0: *In ius vocati ut eant aut satis vel cautum dent*, ove l'espressione *satis vel cautum dent* è da intendersi come il frutto di un'alterazione successiva volta a sostituire l'originario riferimento al *vindex* con il rinvio alla figura del *fideiussor iudicii sistendi causa* che come si è detto ha progressivamente soppiantato il primo. Sul punto O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., p. 54: "Vergleicht man hiermit die Digestenrubrik (2.6) '*in ius vocati ut eant aut satis vel cautum dent*' so liegt auf der Hand, dass de letztere interpoliert ist und dass die Rubrik im Album lautete: '*in ius vocati ut eant aut vindicem dent*'"; nonché - da ultimo - M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, p. 224 e nt. 38.

¹⁷⁸ Resta invece imprecisato - e quindi ipotizzabile unicamente per deduzione indiretta dalla testimonianza gaiana - quale dovesse essere l'esatto contenuto dell'eventuale clausola edittale relativa alla formula e la sua collocazione entro il testo dell'editto. Stando alla ricostruzione proposta da LENEL, *Edictum perpetuum*, cit., p. 55, la previsione in esame si sarebbe collocata nello stesso titolo edittale relativo alla *in ius vocatio*, al di sotto della generale rubrica «*in ius vocati ut eant aut vindicem dent*». Dubita invece dell'esistenza della formula (o quanto meno della sua effettiva utilità nel rafforzare le garanzie a tutela della *vocatio*) G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 4, Tübingen, 1920, p. 164 ss. Opinione che, proprio alla luce della testimonianza gaiana e di altre emersioni

Gai. 4.46

Ceterae quoque formulae, quae sub titulo DE IN IVS VOCANDO propositae sunt, in factum conceptae sunt, velut adversus eum, qui in ius vocatus neque venerit neque vindicem dederit; item contra eum, qui vi exemerit eum, qui in ius vocaretur; et denique innumerabiles eius modi aliae formulae in albo proponuntur.

Nel frammento in esame, dopo aver precisato che le azioni in questa sede contemplate sono caratterizzate dall'impiego di una formula in fatto (*in factum conceptae*), il giurista ne fornisce una breve elencazione con finalità esemplificative¹⁷⁹, riportando in special modo come tra i rimedi processuali in tal maniera descritti rientri anche l'azione esperibile nei confronti del convenuto che non compaia in giudizio né abbia fornito un garante ([...] *velut adversus eum, qui in ius vocatus neque venerit neque vindicem dederit*). Pur nella brevità delle informazioni fornite, il testo gaiano così richiamato consente dunque di ricavare - se non altro - due indicazioni fondamentali: da un lato, che il rimedio del quale si tratta opera nelle forme di un'azione *in factum* (vale a dire introdotta dal magistrato al di fuori delle fattispecie precedentemente disciplinate e caratterizzata di norma da una *demonstratio* formulare); e dall'altro che i presupposti per il ricorso al medesimo rimedio (come descritti nella formula rilasciata all'attore) sono essenzialmente due, consistendo per un verso nella mancata comparizione del convenuto alla data stabilita e, per altro verso, nella condizione (negativa) che lo stesso non avesse prestato un *vindex* idoneo a garantire il suo ritorno¹⁸⁰. Maggiori indicazioni quanto alla natura e alla funzione specifica del rimedio in esame possono poi ricavarsi - se non altro indirettamente - dal diverso luogo delle medesime Istituzioni gaiane in cui il giurista si occupa, subito dopo la trattazione relati-

del rimedio in esame nell'addentellato delle fonti, appare invero difficilmente sostenibile. Univoca in tal senso la letteratura più recente, per la quale si rimanda a I. BUTI, *op. ult. cit.*, p. 296 e nt. 264.

¹⁷⁹ Indicativo del carattere puramente esemplificativo della trattazione in esame appare in particolare (in questa come in altre circostanze) l'impiego dell'avverbio *velut* ad apertura dell'elenco.

¹⁸⁰ Per la compiuta definizione dei due distinti presupposti si veda nuovamente I. BUTI, *Il praetor*, cit., pp. 295 ss. e nt. 257, il quale evidenzia in particolare come il requisito negativo della mancata prestazione del *vindex* consenta di confermare - *a contrario* - "la facoltà spettante al *vocatus* che non volesse o non potesse presentarsi di liberarsi dall'obbligo di comparizione appunto dando un *vindex*".

va ai litiganti temerari¹⁸¹, delle diverse modalità per l'introduzione del giudizio:

Gai. 4.183-185

In summa sciendum est eum, qui cum aliquo consistere velit, in ius vocare oportere et eum, qui vocatus est, si non venerit, poenam ex edicto praedicti committere. Quasdam tamen personas sine permissu praetoris in ius vocare non licet, velut parentes patronos patronas, item liberos et parentes patroni patronaeve; et in eum, qui adversus ea egerit, poena constituitur. Cum autem in ius vocatus fuerit adversarius neque eo die finire potuerit negotium, vadimonium ei faciendum est, id est ut promittat se certo die sisti. Fiunt autem vadimonia quibusdam ex causis pura, id est sine satisfactione, quibusdam cum satisfactione, quibusdam iureiurando, quibusdam recuperatoribus suppositis, id est, ut qui non steterit, is protinus a recuperatoribus in summam vadimonii condemnetur; ea que singula diligenter praetoris edicto significantur. [...]

Nel precisare in apertura che la *vocatio in ius* (accanto ai *vadimonia* di cui lo stesso si occupa nei successivi paragrafi) costituisce lo strumento generale per l'instaurazione della lite nei confronti del convenuto, Gaio fornisce una rilevante precisazione quanto alle eventuali conseguenze di natura patologica del suo inadempimento, aggiungendo in sintesi - e quasi per inciso - che laddove il *vocatus* non si presenti in giudizio in seguito alla chiamata (*si non venerit*), la possibile conseguenza stabilita nei suoi confronti è l'applicazione di un'apposita pena comminata dal pretore (... *poenam ex edicto praedicti committere*)¹⁸². Non vi è dubbio, quindi, che alla sanzione predisposta nell'editto mediante la concessione al vocante del rimedio in esame debba essere riconosciuta una funzione *lato sensu* repressiva delle condotte del convenuto per mezzo di esso colpite, la quale si esprime appunto - in primo luogo - attraverso l'espressa qualificazione della sanzione medesima in termini di *poena*. Qualificazione che appare del resto confermata - in termini non dissimili da quelli impie-

¹⁸¹ Per la quale si rinvia alle più approfondite considerazioni del precedente capitolo (Cap. 2).

¹⁸² Si noti tra l'altro come la matrice squisitamente onoraria della sanzione in esame (espressa nel testo mediante l'esplicito collegamento istituito tra la stessa e l'editto del pretore) risulti apertamente contrapposta - nelle parole di Gaio - al fondamento civilistico dell'obbligazione di comparire in giudizio derivante dalla *vocatio*, espresso invece - con altrettanta chiarezza - mediante l'impiego in relazione a quest'ultima del verbo *oportere*, il quale indica appunto (e come ben noto) la riconducibilità originaria di una determinata fattispecie o situazione di vincolo a un specifico precetto del più antico *ius civile*.

gati nel frammento di Gaio - anche in un passo contenuto nel Digesto e riguardante più in generale la giurisdizione del magistrato (D. 2.5.2.1¹⁸³), laddove la sanzione comminata al convenuto per il mancato adempimento della *vocatio* non soltanto è nuovamente qualificata alla stregua di una pena, ma appare anche esplicitamente ricondotta alla specifica funzione di soddisfare processualmente l'avversario frustrato rispetto al danno dallo stesso subito per l'assenza dell'avversario¹⁸⁴. Né può ritenersi del tutto irrilevante - ai fini dell'inquadramento dell'azione in esame quale rimedio penale - la scelta di Gaio di occuparsi della stessa (come delle altre modalità di introduzione del giudizio) immediatamente a ridosso dei paragrafi dedicati alle cd. *poenae temere litigantium*¹⁸⁵, posto che la collocazione della tematica in questa sede particolare (anziché, come ci si potrebbe aspettare, in un luogo precedente del discorso istituzionale relativo al processo) sembra appunto volerne evidenziare l'intrinseca connessione, logica e funzionale, con la dimensione punitiva dei rimedi processuali contro la parte inavveduta, mettendone in luce - prima ancora degli aspetti «fisiologici» legati al concreto funzionamento della dinamica del processo - le potenziali implicazioni di carattere repressivo a carico della parte che ne impedisca l'attuazione¹⁸⁶; il che non fa che rendere ulteriormente manifesto come un ruolo fondamentale rispetto alla generale disciplina dell'introduzione del giudizio sia assolto proprio dalla componente sanzionatoria rappresentata dai rimedi volti a reprimere le eventuali condotte della parte convenuta che rischierebbero in concreto di comprometterne

¹⁸³ Paul. 1 ad Ed.: *Si quis in ius vocatus non ierit, ex causa a competenti iudice multa pro iurisdictione iudicis damnabitur: rusticitati enim hominis parcendum erit: item si nihil intersit actoris eo tempore in ius adversarium venisse, remittit praetor poenam, puta quia feriatus dies fuit*. Al di là delle evidenti alterazioni subite dal testo in età giustiniana (prime fra tutte il richiamo alla *multa* comminata dal giudice e alla *rusticitas* del *vocatus*), il contenuto del medesimo può ritenersi tendenzialmente perspicuo, specie nella parte - in questa sede più interessante - in cui esclude espressamente l'applicazione della sanzione laddove l'attore non abbia direttamente interesse alla comparizione dell'avversario.

¹⁸⁴ Più risoluto in tal senso il giudizio di I.BUTI, *Il praetor*, cit, p. 296, nt. 263, secondo il quale la porzione genuina del frammento in esame autorizzerebbe a ritenere che la scelta in merito alla applicazione o meno della sanzione in oggetto fosse tendenzialmente lasciata alla discrezionalità dell'attore.

¹⁸⁵ Corrispondente, come si è visto nel capitolo precedente, ai paragrafi 171-182 del IV Commentario.

¹⁸⁶ Si consideri infatti come, nel gruppo di paragrafi dedicati all'introduzione della lite con i quali si conclude la trattazione istituzionale relativa al processo (§§ 183-187), le possibili conseguenze sanzionatorie della mancata comparizione del convenuto per effetto della chiamata siano accennate prima ancora di enunciare puntualmente le concrete modalità di attuazione di quest'ultima mediante la *vocatio* o i *vadimonia* processuali (§ 184-186) o di descrivere i possibili limiti alla sua esecuzione (§ 187).

l'efficacia, ivi comprese quelle specificamente colpite nella giurisdizione pretoria da un'azione penale avverso il *vocatus qui non venerit et vindicem dederit*¹⁸⁷.

Ben poche indicazioni appaiono invece desumibili dalle richiamate testimonianze dell'opera gaiana quanto alla concreta struttura del rimedio in esame e alle modalità pratiche di funzionamento dello stesso nello specifico contesto del processo *per formulas*. Chiarita la natura indubitabilmente penale dell'azione di cui trattasi e la circostanza che la stessa operasse per il tramite di una formula *in factum*, rimangono in particolare del tutto indefiniti (in quanto né Gaio né altri ci informano al riguardo) tanto l'inquadramento del relativo giudizio entro l'*iter* processuale dinanzi al magistrato quanto l'effettivo ammontare della sanzione pecuniaria da quest'ultimo eventualmente pronunciata nell'ipotesi di condanna. Quanto a quest'ultimo profilo, le ricostruzioni proposte dalla letteratura romanistica sulla scorta delle fonti risultano da sempre notevolmente variabili e tra loro confliggenti, contrapponendosi da un lato la tesi di coloro che qualificano la relativa sanzione come una pena fissa e avente pertanto carattere e funzione meramente repressivi e dall'altro la diversa opinione secondo cui la condanna del convenuto nel giudizio in parola avrebbe invece presentato un ammontare variabile e avrebbe dunque potuto assolvere (per lo meno in parte) anche a una generica finalità di natura «ripristinatoria» nei confronti dell'attore¹⁸⁸.

¹⁸⁷ In questo senso sembra esprimersi - in termini più generali - anche G. FALCONE, *Appunti sul IV Commentario delle Istituzioni di Gaio*, cit., p. 152 ss., il quale considera la circostanza che tali profili sanzionatori siano (singolarmente) trattati in questa parte del manuale quale un sintomo "illuminante" della coerenza concettuale fra gli istituti e descritti e la precedente trattazione delle sanzioni relative ai litiganti temerari, ossia del fatto che le "*poenae* connesse all'*in ius vocatio* e al *vadimonium* dovevano rappresentare un elemento di notevole rilievo nel quadro dell'unitario settore finale (§§ 171-187)" e al tempo stesso un'ulteriore manifestazione di quella tendenza "cautelare" all'indicazione dei rischi per le parti potenzialmente connessi all'esercizio dell'*agere* processuale che, secondo l'autore, caratterizzerebbe a ben vedere l'impostazione di fondo e la stessa struttura del manuale gaiano.

¹⁸⁸ Per tali incertezze nella ricostruzione del rimedio e delle sue conseguenze sul piano sanzionatorio si veda ad es. L. D'AMATI, *Sulla cooperazione del convenuto*, cit., p. 864, nt. 46. Nel senso dell'identificabilità della condanna in esame col pagamento di una somma di denaro di ammontare determinato sembrava essersi espresso, in modo particolare, M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, 1965, p. 156, nt. 40, la cui tesi originaria è tuttavia evoluta - nelle edizioni successive dell'opera - verso posizioni maggiormente dubitative (ID., *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 224 nt. 40). Analogamente - ma in termini più risoluti - G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio*, cit., p. 89, nt. 8, secondo il quale "una determinazione [dell'ammontare della condanna] secondo il criterio del *quantum ea res erit* sarebbe stata incompatibile con il fatto che [a seguito della condanna nell'azione in esame] il convenuto avrebbe potuto essere nuovamente citato in giudizio". Ritengono invece che la pena in oggetto sarebbe stata determinata di volta in volta nel giudizio "*pro iurisdictione magistratus*" (e quindi senza vincoli predefiniti) G. PUGLIESE, *Le voies de recours*, cit., p. 252 ss. e - in aderenza alla

A questo proposito ci si limita ad osservare che, se è vero che le fonti non forniscono indicazioni più specifiche quanto all'ammontare della condanna pecuniaria nei confronti del *vocatus* inadempiente alla chiamata, le stesse consentono tuttavia di ricostruire con relativa attendibilità le conseguenze dell'analogia azione (a sua volta penale ed esperibile *in factum*) che si è visto poter essere promossa dall'attore insoddisfatto nei confronti del *vindex* eventualmente offerto al fine di garantire la comparizione in giudizio, la quale - proprio in ragione delle sue evidenti somiglianze con il rimedio in esame - può fornire in questo senso delle utili indicazioni anche con riguardo agli effetti processuali derivanti da quest'ultimo (specie se si considera - come taluni autori non hanno mancato di osservare - che non è affatto da escludersi a priori che l'azione specificamente diretta nei confronti del *vocatus* altro non fosse se non un'estensione o una forma di applicazione alternativa di quella concessa nei confronti del garante che non ne avesse assicurato la comparizione in giudizio)¹⁸⁹. Dalla già richiamata testimonianza contenuta in D. 2.8.2.5¹⁹⁰, riferita appunto al rimedio esperibile nei confronti del *vindex* eventualmente prestato al momento della *vocatio*, si apprende - tra l'altro - che avverso il garante che non avesse esibito il convenuto irreperibile nella data stabilita, il magistrato giurisdicente avrebbe concesso un'azione (non altrimenti qualificata ma verosimilmente assistita, come si è visto, da una for-

tesi di quest'ultimo- L. D'AMATI, *op. et ll. ult. cit.* Ampiamente dibattuta nelle riflessioni sul punto della dottrina romanistica rimane inoltre la possibilità di ricollegare senz'altro alla connotazione penale così riconosciuta all'azione in esame anche l'estensibilità alla medesima degli ulteriori elementi qualificanti di questo genere di azioni (fra cui *in primis* l'annualità e l'intrasmissibilità dal lato passivo). In senso favorevole a tale estensibilità G. PUGLIESE, *Processo formulare*, cit., p. 382 e F. KELLER, *Der römische Civilprozess und die Aktionen in summarischer Darstellung*, Leipzig, 1883, p. 232.

¹⁸⁹ In questo senso sembra esprimersi - tra gli altri - L. D'AMATI, *Sulla cooperazione del convenuto*, cit., p. 864, nt. 45, precisando come dal frammento in esame potrebbe ricavarsi che il *vindex* che non avesse esibito il convenuto assente nel giorno prestabilito fosse in genere assoggettato "[...] alla stessa azione con pena commisurata al *quanti ea res erit*" a cui era esposto in primo luogo il convenuto inadempiente. Non dissimili appaiono sul punto le conclusioni di I. BUTI, *Il praetor*, cit., p. 307, il quale evidenzia come - in mancanza di più precise indicazioni contenute nelle fonti - si possa ritenere che l'azione in esame "dovesse avere una portata piuttosto ampia, nel senso che con essa il pretore si proponeva soprattutto di evitare all'attore il pregiudizio della mancata presenza del convenuto o comunque di compensare gli inconvenienti che per ciò era costretto a subire", dovendosi così escludere che "l'*actio* tendesse solo a irrogare una sanzione al garante che non avesse obbedito al decreto esibitorio"

¹⁹⁰ Ulp. 5 *ad Ed.*: "*In fideiussorem, qui aliquem iudicio sisti promiserit, tanti quanti ea res erit actionem dat praetor. Quod utrum veritatem contineat an vero quantitatem, videamus. Et melius est ut in veram quantitatem fideiussor teneatur, nisi pro certa quantitate accessit*", laddove la menzione al più recente istituto del *fideiussor iudicio sistendi causa* (senz'altro estraneo all'esperienza classica) deve come detto ritenersi impiegata in luogo dell'originario riferimento alla figura del *vindex*. Nel senso della sostanziale genuinità del frammento nonostante la richiamata alterazione di matrice postclassica si veda S. TAFARO, *Fideiussor iudicio sistendi causa*, in *Labeo*, 22 (1976), pp. 145 ss.

mula *in factum*) diretta a condannare il medesimo garante al pagamento di una somma di denaro corrispondente al valore della lite al momento della condanna (*tanti quanti ea res erit*), lasciando in tal senso intendere come la sanzione in questo modo disposta nei confronti del *vindex* risultasse effettivamente rivolta, oltre che a reprimere con una pena l'inadempienza di quest'ultimo, ad offrire un ristoro in favore del vocante per il danno eventualmente subito in conseguenza della stessa. Dalla rimanente porzione del medesimo frammento si ricava inoltre che la sanzione così predisposta nei confronti del garante avrebbe dovuto intendersi più opportunamente commisurata all'effettivo valore per il quale quest'ultimo si fosse in concreto obbligato nei confronti del vocante ([...] *melius est, ut in veram quantitatem fideiussor teneatur* [...]); con la verosimile conseguenza che l'ammontare della stessa avrebbe potuto essere ridotto ovvero aumentato - in sede di determinazione della condanna pecuniaria - al fine di tener conto dell'effettivo interesse della parte danneggiata¹⁹¹. Se è vero che l'azione *in factum* nei confronti del *vindex* (quand'anche non coincidente con la stessa per oggetto e destinatari) presentava un'impostazione e una struttura di fondo non dissimili da quelle del giudizio nei confronti del *vocatus* che non compare in tribunale e non fornisce garanti, appare pertanto ragionevole che anche quest'ultima conducesse di regola - piuttosto che a una sanzione fissa e di ammontare predefinito - ad una condanna pecuniaria nella misura variabile del *quantum ea res erit* caratteristico delle formule reipersecutorie, salvo poter essere di volta in volta adeguata dalla valutazione discrezionale del magistrato giusdicente sulla scorta di un criterio non puntualmente individuato all'interno dell'editto ma collegato al mutevole interesse fatto valere dall'attore (il quale poteva in tal modo condurre - nel caso concreto - a una maggiore rilevanza della competente penale rispetto a quella meramente ripristinatoria della soddisfazione dell'attore¹⁹²). Ciò che appare tra l'altro indirettamente coerente - nei termini suddetti - anche con la testimonianza contenuta in D. 2.5.2.1 (Paul. 1 ad Ed.) secondo cui la sanzione operante nei confronti del *vocatus*

¹⁹¹ Per simili considerazioni circa il significato del brano v. ancora I. BUTI, *Il praetor*, cit., p. 307 ss.

¹⁹² Nel senso di una correlazione «variabile» tra l'elemento ripristinatorio della sanzione in esame e lo scopo più propriamente penale sotteso alla stessa sembra deporre indirettamente anche la testimonianza di cui in D.11.12.1 (Ulp. 47 *ad Sab.*), nella quale si ribadisce sì che la condanna del convenuto è normalmente commisurata all'interesse dell'attore al momento della presunta comparizione in giudizio, ma si precisa al tempo stesso che essa rimane nondimeno applicabile anche laddove nel tempo intercorso siffatto interesse sia eventualmente venuto meno (*quamvis desierit eius interesse*), ben potendo assumere la stessa - nei medesimi casi - una prevalente o esclusiva finalità repressiva.

nel giudizio in esame sarebbe stata determinata in concreto *pro iurisdictione magistratus*¹⁹³. Quanto infine alle concrete modalità di applicazione del rimedio, difendendo nelle fonti qualsivoglia indicazione di carattere specifico, deve verosimilmente immaginarsi che l'azione *in factum* nei confronti del convenuto rimasto contumace sarebbe stata richiesta dall'attore insoddisfatto (che pure in ipotesi è in effetti riuscito ad effettuare la *vocatio*) al momento della successiva comparizione dinanzi al magistrato nella data stabilita, allegando in quella sede di aver correttamente effettuato una precedente *vocatio* ma di non aver potuto ottenere - né ora né allora - la comparizione dell'avversario regolarmente citato. Il pretore avrebbe quindi provveduto ad accertare - con ogni probabilità sulla base di una *causae cognitio* non dissimile da quella compiuta in caso di assenza impeditiva della chiamata - non soltanto le ragioni della mancata comparizione del convenuto inadempiente (tenendo conto se del caso di eventuali circostanze giustificative della stessa¹⁹⁴), ma anche - come si è visto - ogni circostanza potenzialmente rilevante ai fini della determinazione (parzialmente discrezionale) della condanna nell'interesse del vocante, fra le quali può ipotizzarsi che venissero considerate - a titolo d'esempio - le modalità di perfezionamento della *vocatio* introduttiva o il tempo intercorso tra l'infruttuosa esecuzione di quest'ultima e la mancata comparizione del *vocatus* destinatario della stessa¹⁹⁵. All'esito di siffatti

¹⁹³ A questo proposito si rinvia in particolare alla ricostruzione di G. PUGLIESE, *Le voies de recours*, cit., p. 255-256, laddove - nel tentare di definire il criterio in base al quale il pretore avrebbe di volta in volta determinato l'ammontare della condanna pecuniaria nei confronti del *vocatus* - si precisa che "l'amende était fixée «*pro iurisdictione magistratus*», c'est-à-dire qu'elle pouvait être argumentée ou diminuée suivant les circonstances et même remise, si le défaut semblait digne d'être excusé", e più ancora che "Cela signifie alors, d'une part, que l'Edit ne donnait pas a ce sujet des critères rigides [...]; d'autre part que la détermination de l'amende ne relevait pas des récupérateurs, mais appartenait au magistrat, sans doute avec le concours du demandeur..."; sul punto si veda anche A. GOMEZ-IGLESIAS CASAL, *Citacion y comparecencia*, cit., p. 99. Diverso e più complesso appare invece il problema degli eventuali rapporti fra la condanna in tal modo determinata nei confronti del *vocatus* inadempiente e quella (analoga ma in ipotesi autonoma) eventualmente rivolta nei confronti del *vindex* a garanzia della chiamata. Per l'interazione tra i due rimedi e l'eventuale concorrenza tra le rispettive sanzioni si rinvia a I. BUTI, *Il praetor e le formalità introduttive*, cit., pp. 308 e 309 e nt. 305.

¹⁹⁴ Una delle ipotesi di giustificazione del *vocatus* delle quali il pretore avrebbe potuto tener conto nel concedere o meno il rimedio richiesto si trova espressamente richiamata anche nel più volte menzionato frammento paolino sulla determinazione della condanna (D. 2.5.2.1), nel quale si precisa che il magistrato avrebbe rimesso la pena nei confronti del convenuto in caso di chiamata in un giorno festivo (*puta quia feriatus dies fuit*). Altre circostanze che avrebbero potuto condurre - almeno in ipotesi - alla denegazione del rimedio in esame all'esito della *causae cognitio* ad opera del pretore sono ricostruite e sinteticamente elencate in A. GOMEZ-IGLESIAS CASAL, *op. ult. cit.*, p. 99-100.

¹⁹⁵ Non sembra invece che tra gli aspetti specificamente considerati dal pretore ai fini della concessione o del diniego del rimedio in parola rientrasse - per lo meno in modo autonomo - la connotazione soggettiva (e quindi dolosa) della mancata comparizione del convenuto recalcitrante dinanzi al magi-

accertamenti, infine, il pretore avrebbe potuto concedere al vocante insoddisfatto la formula *in factum* da questi precedentemente richiesta a specifica garanzia della propria posizione, in forza della quale lo stesso sarebbe stato legittimato ad ottenere dal giudice la condanna dell'avversario non comparso in giudizio al pagamento della somma di denaro a tal fine stabilita nella procedura *in iure* a titolo di indennizzo per il danno subito dalla sua controparte e al tempo stesso di sanzione per l'elusione della chiamata. Se poi la condanna nell'ulteriore giudizio su questa specifica azione «assorbisse» in qualche misura (come talora si è sostenuto in dottrina¹⁹⁶) anche la verifica relativa alla fondatezza del giudizio principale, oppure - come appare più plausibile - l'attore rimanesse legittimato a far valere la pretesa di fondo anche in seguito alla *litis contestatio* e all'eventuale condanna nell'azione *in factum* contro il *vocatus* recalcitrante, rappresenta a ben vedere - a fini della corretta identificazione della natura e dei contenuti del rimedio in esame - una questione ulteriore e tutto sommato secondaria. Quel che importa in questa sede aver messo in evidenza è piuttosto (e più semplicemente) come il medesimo rimedio, lungi dal ricollegarsi alla mancata comparizione del convenuto in quanto tale considerata, operasse sulla base di una puntuale valutazione da parte del magistrato delle ragioni e delle circostanze concrete alla base di quest'ultima, configurandosi in tal senso, nel suo concreto funzionamento nella dinamica del processo, come forma di repressione di un illecito pretorio specificamente preposto a garanzia degli effetti della chiamata in giudizio regolarmente effettuata; diretto cioè a sanzionare con una pena - su iniziativa specifica della parte interessata - l'eventuale rifiuto del convenuto citato (e non giustificato) di presentarsi in tribunale successivamente alla *vocatio*, impedendo con ciò non tanto la chiamata (già

strato, la quale doveva del resto apparire in qualche modo assorbita dalla stessa circostanza che la precedente *vocatio* si fosse correttamente perfezionata. Sul punto ID., *op. ult. cit.*, pp. 101 ss.

¹⁹⁶ La testimonianza più significativa in questo senso si è voluta individuare in D. 2.11.10.pr. (Paul. 1 ad Plaut.), nella misura in cui vi si afferma che in caso di ritenuta infondatezza (per qualche ragione) del giudizio di fondo la condanna nell'azione *in factum* avrebbe potuto essere impedita con la concessione di un rimedio (*actio* o *exceptio*) in favore del *vocatus*. Sul punto si veda in particolare PUGLIESE, *Le voies de recours*, cit., p. 257 ss., il quale conclude su queste basi che il rimedio sarebbe stato verosimilmente concesso soltanto a condizione che questi avesse accettato il giudizio sulla causa principale. Per una critica di tali posizioni, basata soprattutto sulla circostanza che il frammento in esame non si riferirebbe specificamente all'azione contro il *vocatus qui non venerit neque vindicem dederit* quanto piuttosto alle ipotesi di introduzione del giudizio mediante un *vadimonium* (su cui *infra* § 3.2.3.) può rinviarsi tra gli altri a A. GOMEZ-IGLESIAS CASAL, *Citacion y comparecencia*, cit., p. 100 ss.

eseguita), quanto piuttosto la prosecuzione del processo nei suoi confronti instaurato.

Sulla scorta delle (pur generiche e non conclusive) testimonianze delle fonti e delle osservazioni in base a queste fino ad ora effettuate, appare quindi verosimile che l'ambito di applicazione dell'*actio in factum* concessa dal pretore nei confronti del *vocatus qui non venerit neque vindicem dederit* coincidesse - in buona sostanza - con quelle ipotesi di inefficacia della chiamata in giudizio che non dipendessero tanto da un impedimento della stessa nella sua attuazione, quanto piuttosto da una frustrazione dei suoi effetti una volta avvenuta, vale a dire con quelle situazioni processuali nelle quali il convenuto, pur presente e apparentemente disponibile al momento della *vocatio*, rendesse successivamente inutile l'esecuzione della stessa rifiutando di comparire al cospetto del magistrato e impedendo con ciò, nondimeno, l'instaurazione della lite. Si pensi al caso - in tal senso paradigmatico - del *vocatus* che non segua immediatamente l'attore con la scusa di dover predisporre le proprie difese per il giudizio successivo ma si determini in realtà ad ignorare l'invito; o a quello del convenuto che, una volta ricevuta regolarmente la *vocatio*, offra all'attore delle rassicurazioni concrete (e magari un garante) circa la sua comparizione, salvo poi rimanere contumace nel momento stabilito. In tutti questi casi, la semplice possibilità di ricorrere agli ordinari rimedi contro l'assente o il latitante (consistenti come noto nella *missio in bona* nei confronti del *vocatus*) sarebbe evidentemente risultata per un verso inappropriata (in quanto il *vocatus* non risultava tecnicamente irreperibile al momento della chiamata), e per altro verso eccessiva o comunque sproporzionata rispetto alla gravità dell'ostacolo (posto che la chiamata in giudizio si era comunque perfezionata e che a dover essere garantita era soltanto la successiva comparizione della parte convenuta in attuazione della stessa). Può pertanto ipotizzarsi che - di fronte agli impedimenti processuali in questo modo tratteggiati - il pretore abbia ritenuto di dover affiancare alle ordinarie sanzioni di natura esecutiva basate sulla *missio* una più lieve e indulgente conseguenza a contenuto pecuniario, intesa a coartare (anziché la cooperazione del convenuto alla *vocatio* introduttiva) la conseguenziale attuazione di questa con la comparizione in giudizio, e affidata in quanto tale ad un'ulteriore iniziativa di natura processuale della parte interessata ad ottenere quest'ultima (iniziativa che nei casi in esame poteva del resto risultare sufficiente alla luce del fatto che il

convenuto non comparso non avesse tuttavia resistito alla precedente *vocatio*)¹⁹⁷. Una sanzione, dunque, che da un lato consentiva di evitare il troppo severo ricorso ai rimedi pretori nei confronti del convenuto inizialmente irreperibile e dall'altro offriva all'avversario un meccanismo più efficace onde indurre il *vocatus* (recalcitrante ma non al punto di nascondersi o di ricorrere alla forza) a comparire in giudizio in un momento successivo allo scopo di evitare - nelle medesime ipotesi - la sanzione pecuniaria nei suoi confronti applicabile su eventuale richiesta dell'attore insoddisfatto.

Si possono a questo punto ricostruire - se non altro in sintesi - i possibili rapporti e le interazioni reciproche tra la sanzione pecuniaria che si è da ultimo descritta nel suo concreto funzionamento e gli ulteriori rimedi di creazione pretoria a garanzia della *vocatio* e della sua effettiva attuazione. Considerato che l'azione predisposta dal pretore nei confronti del *vocatus* inadempiente alla chiamata operava in concreto, nei termini suddetti, mediante la concessione all'attore insoddisfatto di una pretesa (*in factum*) ad ottenere dal primo una somma di denaro a titolo di pena o di indennizzo del danno, è innanzitutto evidente come siffatto rimedio sarebbe in concreto risultato del tutto superfluo ogniqualevolta il convenuto non comparso in giudizio fosse stato irreperibile in sede di esercizio dell'azione principale, posto che il convenuto medesimo (già assente o latitante al momento della *vocatio*) avrebbe con ogni probabilità resistito anche all'ulteriore chiamata per l'applicazione della *poena*¹⁹⁸. Nelle mede-

¹⁹⁷ Eloquente in tal senso la ricostruzione di I. BUTI, *Il praetor*, cit., p. 297 ss., secondo il quale la concessione pretoria del rimedio in esame, pur potendo a prima vista "apparire inspiegabile" in quanto consistente nell'attribuzione al vocante di un'azione ulteriore contro colui che aveva già resistito a una prima *vocatio*, risulta più facilmente comprensibile (e giustificabile) se si immagina invece che si trattasse "di un'azione diretta verso chi avesse già manifestato il suo assenso al primo invito anche se poi non vi avesse in realtà ottemperato", posto che - così concepita - la relativa sanzione avrebbe consentito all'attore di agire efficacemente anche contro il convenuto che, anziché resistere direttamente alla chiamata fuggendo o nascondendosi, avesse tentato di "sottrarsi con l'astuzia alla *vocatio*" avversaria. Il medesimo autore evidenzia inoltre, a conferma di quanto appena osservato, come debba presumersi che - in occasione della seconda *vocatio* (per l'azione *in factum*) - l'attore, "ammaestrato dall'esperienza", avrebbe naturalmente proceduto "all'immediato accompagnamento dell'avversario *in ius*".

¹⁹⁸ Così anche L. D'AMATI, *Sulla cooperazione del convenuto*, cit., p. 865 e nt. 47, ove si sottolinea appunto che "non era per nulla improbabile che, essendo infruttuosa la prima *in ius vocatio*, rimanesse senza esito anche la seconda, diretta all'esperimento dell'*actio in factum*". Proprio sulla potenziale identità di effetti tra la prima e la seconda *vocatio* si basa l'opinione negativa circa l'efficacia del rimedio in esame espressa da S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori*, I, cit., p. 90 e nt. 2, il quale, riprendendo sul punto il già richiamato giudizio di G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, cit., p. 165, conclude che difficilmente la concessione di siffatto rimedio avrebbe potuto costituire una minaccia efficace nei confronti del convenuto recalcitrante a comparire in giudizio. Brevi accenni alla questione in esame anche in O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit., p. 71, nt. 1.

sime ipotesi, l'unico rimedio utile e potenzialmente efficace ad assicurare la cooperazione del *vocatus* all'introduzione del giudizio sarebbe rimasto pertanto il potenziale ricorso alla *missio in possessionem* nei confronti dell'assente non comparso in tribunale, la quale avrebbe di conseguenza trovato verosimilmente applicazione senza ulteriori dilazioni. Deve inoltre immaginarsi che quest'ultima avrebbe continuato a ad applicarsi - in luogo del parallelo rimedio di carattere penale concesso dal pretore - anche in quelle ipotesi (presumibilmente tutt'altro che infrequenti) in cui, nonostante la presenza del convenuto al momento della *vocatio*, fosse risultato per qualche ragione manifesto sin dal principio che, una volta effettivamente citato, quest'ultimo si sarebbe sottratto all'eventuale giudizio per l'esecuzione della pena rifiutando di aderire alla successiva chiamata¹⁹⁹. Nel qual caso, l'impiego unilaterale del rimedio civilistico dell'immissione nel possesso doveva apparire - ancora una volta - come l'unica soluzione possibile al fine di assicurare la soddisfazione dell'attore nonostante la verosimile inefficacia della coercizione alternativa derivante dalla minaccia di una pena processuale. Da ultimo, il ricorso all'esecuzione patrimoniale nei confronti del *vocatus* (che non compaia in tribunale) deve aver trovato applicazione - in alternativa alla conseguenza penale esaminata in questa sede - anche laddove il rifiuto del convenuto di partecipare al giudizio si manifestasse per la prima volta proprio in relazione a quest'ultimo rimedio, vale a dire nelle ipotesi in cui il convenuto recalcitrante - già inadempiente alla chiamata originaria e come tale destinatario della sanzione penale - rifiutasse di comparire (ovvero rimanesse assente o latitante) anche di fronte alla seconda *vocatio* a tal fine effettuata, rendendo sostanzialmente inutile anche il tentativo di ricorrere alla più blanda conseguenza della coercizione penale²⁰⁰.

¹⁹⁹ A titolo d'esempio può pensarsi all'ipotesi in cui la chiamata in giudizio, seppur formalmente effettuata senza che il convenuto cercasse di sfuggire o di opporre fisicamente la propria resistenza, fosse resa cionondimeno insicura o problematica da atteggiamenti renitenti altrimenti manifestati, come nel caso del *vocatus* che - citato pubblicamente - cercasse di rimandare pretestuosamente la comparizione in giudizio o desse inequivocabilmente segno di volersi sottrarre alla lite in un momento successivo.

²⁰⁰ È quanto sembra potersi ricavare - se non altro indirettamente - da G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, cit., p. 45, il quale sembra peraltro estendere la medesima conseguenza più radicale della applicazione del rimedio possessorio anche all'ipotesi nella quale il convenuto - già citato nel giudizio penale e completata la *litis contestatio* relativa a quest'ultimo - rifiutasse ancora una volta di collaborare attivamente al processo principale, ovvero si nascondesse o rimanesse assente onde non parteciparvi.

Anche alla luce dei rapporti in questo senso ipotizzati tra il rimedio di cui trattasi e il più generale strumento della *missio in possessionem* nei confronti del *vocatus*, appare quindi verosimile che la funzione specifica dell'azione *in factum* contro il convenuto *qui neque venerit neque vindicem dederit* fosse essenzialmente quella di un rimedio di carattere residuale e ad operatività concorrente coi rimanenti istituti, il cui spazio di applicazione all'interno del processo corrispondeva pertanto, come si è del resto anticipato in apertura del paragrafo, con i casi in cui gli ulteriori e più rigorosi rimedi a questo scopo predisposti potessero in concreto non risultare adeguati. Appare in altri termini plausibile che a questo meno grave strumento di carattere penale avrebbe potuto ricorrersi - piuttosto che in casi specifici e puntualmente individuati - ogniqualvolta la coazione patrimoniale indiretta realizzata con la *missio* o quella più rigorosa ancora sulla persona del *vocatus* non apparissero necessarie all'attuazione della *vocatio* ovvero rischiassero - per le circostanze concrete in cui quest'ultima si è svolta - di rimanere inefficaci. Nei medesimi casi esso avrebbe così consentito, imponendo all'attore (magari a sua scelta²⁰¹) il ricorso interinale a un'ulteriore azione, di evitare l'applicazione immediata dei rimedi esecutivi e di differire in tal modo le loro gravi conseguenze al termine dell'azione medesima, offrendo in sostanza al convenuto recalcitrante una « seconda occasione » al fine di rimediare al proprio iniziale rifiuto, accettando spontaneamente di comparire in giudizio e di collaborare allo stesso. Né può escludersi in radice che l'introduzione pretoria del rimedio in esame abbia in tal senso determinato un'ulteriore riduzione dei casi di ricorso ai più antichi strumenti della coazione personale nelle forme della *ductio* (già erosa, come si è visto, dalla più efficiente coazione patrimoniale), i quali si erano a propria mantenuti in età formulare - nei termini suddetti - proprio in funzione di rimedio residuale rispetto alle ipotesi in cui gli altri e più benigni strumenti di tutela si fossero rivelati concretamente infettivi. A ulteriore testimonianza di come l'intervento del pretore nella materia in esame abbia contribuito a una notevole diversificazione delle forme di garanzia degli

²⁰¹ L'ammissibilità di un'applicazione alternativa dei due rimedi in esame a discrezione dell'attore non risulta invero esplicitamente testimoniata dalle fonti. Sembra cionondimeno esprimersi in favore della stessa L. D'AMATI, *Sulla cooperazione del convenuto*, cit., p. 864: "Così, a carico del convenuto che *neque venerit neque vindicem dederit* vi potevano essere contemporaneamente due conseguenze del tutto diverse, l'una di carattere civile, l'altra di carattere penale, non necessariamente dipendenti l'una dall'altra né tra loro collegate, potendo l'attore al tempo stesso seguire la strada della *missio in bona*, che certamente meglio lo tutelava, ovvero esercitare l'azione penale [...]"

effetti della chiamata, assicurando alla parte in tal senso interessata un apparato di rimedi adeguatamente strutturato in base alla varietà delle possibili situazioni²⁰².

3.2.2. *L'azione contro il terzo che impedisca al chiamato di comparire in giudizio*

Nella prassi dei rapporti processuali e delle attività stragiudiziali prodromiche agli stessi, ben poteva naturalmente avvenire che la condotta impeditiva della *vocatio* o della corretta instaurazione del giudizio per effetto di quest'ultima non provenisse dal medesimo soggetto destinatario della chiamata ed obbligato ad eseguirla (ossia dal *vocatus*), bensì da un soggetto diverso e formalmente estraneo alla relazione tra le parti ma a propria volta interessato - per qualsivoglia ragione - ad impedire in concreto lo svolgimento del giudizio²⁰³. Si pensi ad esempio, per limitarsi alle circostanze più facilmente immaginabili, all'ipotesi del terzo, astrattamente titolare di una pretesa concorrente con quella dell'attore, che ostacoli quest'ultimo nella concreta esecuzione della chiamata in giudizio effettuata nei confronti del comune debitore, oppure all'ipotesi - non meno paradigmatica - nella quale il terzo (una volta effettuata dall'attore una regolare *vocatio*) riesca ad impedire alla parte convenuta di comparire spontaneamente dinanzi al magistrato, frustrando in tal modo - pur in assenza di una condotta negativa da parte del *vocatus* - il contrario interesse alla prosecuzione del giudizio facente capo all'attore. Ma lo stesso potrebbe del pari affermarsi - in termini non dissimili da quelli appena menzionati - per una serie di ulteriori situazioni o vicende processuali accomunate unicamente dal fatto che il potenziale ostacolo all'instaurazione della lite costituisca il risultato - anziché della condotta renitente di uno dei contendenti - del comportamento di un terzo estraneo alla lite²⁰⁴.

²⁰² In questo senso si veda anche - con analoghe intenzioni riassuntive - I. BUTI, *Il praetor*, cit., p. 310.

²⁰³ Della tematica in oggetto si è occupato in generale e con notevole ampiezza A. FERNANDEZ BARREIRO, *La frustración de la comparencia por intervención de un tercero*, Santiago de Compostela, 1972. Ulteriori approfondimenti in A. GOMEZ-IGLESIAS CASAL, *Citacion y Comparencencia*, cit., p. 104 ss. (largamente modellato sul contributo del primo); M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 225 e G. PUGLIESE, *Les voies de recours*, cit., p. 266 ss.

²⁰⁴ Ulteriori esemplificazioni delle condotte in esame possono indirettamente ricavarsi da A. FERNANDEZ BARREIRO, *op. ult. cit.*, p. 10 ss. e nt. 12, il quale ipotizza tra l'altro come i casi di opposizione del terzo dei quali si tratta - stante l'assenza di una corrispondente volontà oppositiva da parte del *vocatus* - possano verosimilmente corrispondere a quelle circostanze (sopra menzionate), in cui le fonti testimoniano che il pretore avrebbe di norma rimesso la sanzione applicabile nei confronti di quest'ultimo (D. 2.5.2.1), resa appunto superflua dalla non imputabilità dell'ostacolo in capo al convenuto.

A fronte dei rischi evidentemente connessi a simili comportamenti imputabili ai terzi, senz'altro più infrequenti di quelli direttamente riconducibili al convenuto ma non-dimeno gravemente ostativi della regolarità del processo, i descritti rimedi (civili e pretori) preposti all'efficacia della chiamata in giudizio, rivolgendosi in modo esclusivo al *vocatus* assente o non comparso in tribunale, dovettero apparire nella prassi applicativa del tutto inadeguati a perseguire tale scopo. Non soltanto, infatti, il ricorso concreto a siffatti rimedi presupponeva in ogni caso una condotta (attiva od omissiva) da parte del *vocatus*, ma - quand'anche gli stessi risultassero applicabili - la relativa sanzione si rivolgeva unicamente nei confronti di quest'ultimo, dimostrandosi di conseguenza inidonea ad esercitare qualche forma di pressione (diretta o indiretta) rispetto a soggetti diversi dalla parte processuale (la quale potrebbe anzi risultare - in alcune circostanze - a propria volta danneggiata dall'intervento del terzo)²⁰⁵.

È pertanto verosimile che, di fronte all'impossibilità di reagire alle relative condotte con gli strumenti esistenti, il pretore abbia avvertito col tempo la crescente esigenza di una tutela più adeguata alle descritte situazioni, la quale lo ha condotto a predisporre, accanto ai suesposti rimedi nei confronti del *vocatus*, delle sanzioni specificamente rivolte a colpire anche i terzi, e quindi a completare - sotto questo profilo - il quadro delle tutele a garanzia della chiamata. Ciò che sembra essere avvenuto, secondo quanto emerge dal resoconto delle fonti, attraverso l'introduzione nel diritto onorario di un'ulteriore azione a contenuto penale per la mancata comparizione del convenuto in giudizio, rivolta tuttavia, anziché direttamente nei confronti di quest'ultimo, - a carico del terzo che abbia eventualmente impedito l'instaurazione della lite.

²⁰⁵ Del tutto inidonea a reprimere le eventuali resistenze esercitate da un terzo doveva apparire in modo particolare la possibilità di richiedere al magistrato giurisdicente la *missio in possessionem* nei beni del *vocatus*, posto che la coazione patrimoniale in tal modo esercitata sulla parte convenuta si estende evidentemente soltanto alla sfera facente capo a quest'ultimo, lasciando per converso indifferente - nella misura in cui il suo diverso patrimonio è sottratto al rimedio - il terzo interessato ad impedire il giudizio. Né tanto meno avrebbe senso pensare - nelle medesime ipotesi - all'esercizio nei confronti dell'assente della coazione personale nelle forme della *ductio*, resa evidentemente superflua dalla stessa circostanza che la presenza fisica del convenuto in giudizio risultasse impedita dall'intervento del terzo. Del pari inefficace sarebbe infine risultato - per le medesime ragioni - anche il ricorso all'azione penale *in factum* da ultimo descritta, la quale avrebbe potuto colpire unicamente quest'ultimo (magari spontaneamente disposto a partecipare al giudizio) con una sanzione pecuniaria di ammontare variabile ancora una volta indifferente all'autentico artefice della resistenza alla chiamata.

Che un'azione con siffatte caratteristiche fosse effettivamente contemplata all'interno dell'editto si ricava a ben vedere - con relativa sicurezza - dallo stesso titolo del Digesto di Giustiniano espressamente recante la corrispondente descrizione (D. 2.7 - *Ne quis eum qui in ius vocabitur vi eximat*), tradizionalmente ritenuto sintomatico - con buona ragione - dell'esistenza di un simile rimedio nell'ordinamento pretorio²⁰⁶. Eloquentemente e inequivocamente con riguardo alla genesi e alle funzioni di quest'ultimo appare in effetti - sia pur nella sua brevità ed evidente incompiutezza - lo stesso frammento con il quale si apre la trattazione in esame, ricavato (come gran parte dei passi ricompresi in questa sede) dal Commentario di Ulpiano al testo dell'editto:

D. 2.7.1.pr. (Ulp. 5 *ad Ed.*)

Hoc edictum praetor proposuit, ut metu poenae compesceret eos, qui in ius vocatos vi eripiunt.

Nel frammento in esame, il giurista severiano conferma innanzitutto che lo strumento di cui trattasi non rientrava in origine tra i rimedi contemplati dall'ordinamento civile a garanzia della chiamata, ma è stato introdotto in un momento successivo - su iniziativa del pretore - allo scopo di colmare la corrispondente lacuna (ciò che emerge in particolare dall'espressione *hoc edictum praetor proposuit* con la quale si apre la testimonianza ulpiana, sovente impiegata all'interno del Digesto proprio ad indicare la creazione pretoria di un rimedio aggiuntivo a fronte di problemi o di esigenze di tutela non altrimenti affrontabili con gli strumenti esistenti²⁰⁷). Nella seconda parte del medesimo frammento, Ulpiano offre poi un'importante indicazione in merito alla *ratio* dello strumento in esame, precisando espressamente che il relativo editto è stato introdotto dal pretore allo scopo di reprimere con la minaccia di una pena (...*metu*

²⁰⁶ Incertezze in merito all'attendibilità dei frammenti raccolti nella compilazione postclassica ai fini della ricostruzione del rimedio in esame sono state espresse, in passato, da G. BESELER, *Beiträge*, cit., III, pp. 20, e (con particolare riferimento ai dubbi sollevati dall'impiego del verbo *compesceret*) ID., *Unklassische Wörter*, in ZSS, 56 (1936), p. 39 - ma appaiono oggi in larga parte superate sulla scorta dei rimanenti frammenti. Muovono dalla tendenziale attendibilità della testimonianza del Digesto, tra gli altri, I. BUTI, *Il praetor*, cit., p. 336 ss. e A. FERNANDEZ BARREIRO, *La frustración*, cit., p. 17 ss.

²⁰⁷ Per limitarsi alle ricorrenze dell'espressione direttamente riconducibili all'opera di Ulpiano, si vedano ad es. D. 39.4.12.pr. (Ulp. 38 *ad Ed.*), D. 42.8.1.1 (Ulp. 66 *ad Ed.*) e D. 47.11.6.1 (Ulp. 8 *de Off. Proc.*), nei quali la locuzione in esame ritorna in effetti con particolare riferimento ad interventi del pretore che hanno comportato un'innovazione - più o meno creativa - rispetto al sistema previgente.

poenae compesceret) coloro che allontanino o sottraggano con la forza chi sia stato chiamato a comparire in un giudizio (*qui in ius vocatos vi eripiunt*); dal che può appunto ricavarsi - per un verso - che il rimedio in esame è diretto in primo luogo alla comminazione di una pena (e riveste pertanto, almeno in prevalenza, un carattere penale), e - per altro verso - che ad essere sanzionata per mezzo di quest'ultima è in modo particolare la condotta del terzo che intenda impedire al convenuto già chiamato di adempiere al proprio obbligo di comparire in giudizio, la quale diviene in tal modo - nel diritto pretorio - l'oggetto specifico di un'autonoma repressione.

Il tenore e il contenuto della clausola edittale a tal fine introdotta, verosimilmente ricompresa (al pari dell'azione *in factum* nei confronti del *vocatus*) all'interno del titolo avente per oggetto la *vocatio in ius*²⁰⁸, possono indirettamente ricostruirsi - almeno per la parte che interessa in questa sede - sulla scorta di un'ulteriore testimonianza del titolo del Digesto a questa dedicato, nella quale si riferisce espressamente (sia pur in termini sommari) il contenuto verbale dell'intervento del pretore:

D. 2.7.4.2 (Paul. 4 *ad Ed.*)

Praetor ait: "NEVE FACIAT DOLO MALO, QUO MAGIS EXIMERETUR". Nam potest sine dolo malo id fieri, veluti cum iusta causa est exemptionis.

Secondo il laconico resoconto paolino, nel garantire all'attore la possibilità di ricorrere allo strumento in esame, il testo dell'editto avrebbe contenuto un esplicito riferimento alla circostanza che il convenuto fosse stato allontanato dal luogo giudizio onde impedirgli di comparire (*quo magis eximeretur*), salvo poi precisare che ai fini dell'integrazione di siffatta circostanza è necessario che il terzo abbia agito con dolo (*dolo malo*), istituendo in tal modo un immediato collegamento di natura causale tra la mancata comparizione del convenuto nel giudizio e il comportamento doloso posto in essere dal terzo che gli impedisca di comparire²⁰⁹. Comportamento doloso che -

²⁰⁸ O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit., p. 73 ss. Sul punto può rinviarsi anche a A. FERNANDEZ BARREIRO, *La frustración de la comparencia*, cit., p. 10; G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, cit., p. 45 ss. ed a M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozess*, cit., p. 225.

²⁰⁹ Di una "relazione di causa ad effetto" tra l'opposizione del terzo e il risultato concreto dell'impossibilità del giudizio si parla espressamente, sulla base della testimonianza citata come di altre fonti del

secondo quanto emerge altresì dalle precisazioni del giurista - è a tal punto necessario all'applicazione della clausola, che in presenza di circostanze che ne escludano la sussistenza (come nel caso di una giusta causa che legittimi in concreto l'esclusione del *vocatus*) il rimedio in esame ben potrebbe in astratto rimanere inattuato (*Nam post sine dolo malo id fieri, veluti cum iusta causa est exemptionis*). Il presupposto fondamentale ai fini del ricorso all'azione pretoria nei confronti del terzo che impedisca ad altri di comparire in giudizio sembra quindi corrispondere all'ingiustificata e fraudolenta sottrazione della parte convenuta allo svolgimento del giudizio, genericamente qualificata con il termine *exemptio* di cui all'apposita clausola contenuta nell'editto²¹⁰ e consistente appunto nell'intenzionale allontanamento del *vocatus* dal luogo del giudizio (eventualmente per il tramite di un ulteriore soggetto²¹¹) e nel conseguente impedimento dell'instaurazione del processo con la partecipazione del me-

medesimo titolo, in A. FERNANDEZ BARREIRO, *Frustración de la comparecencia*, cit., p. 15 ss., il quale evidenzia tra l'altro come l'*exemptio* processuale alla quale si riferiscono i frammenti in esame, riguardando nello specifico l'impedimento del giudizio derivante dalla condotta di un terzo, non abbia nulla a che vedere con la situazione processuale (a sua volta qualificata in questi termini) a cui si riferisce il Titolo X dell'editto pretorio nel trattare delle *restitutiones in integrum*, laddove con il termine in esame si allude piuttosto all'ingiusta negazione della tutela processuale da parte del magistrato giudicante (cd. *exemptio actionis*). Si noti nondimeno come le due fattispecie in tal modo identificate, pur distinguendosi nettamente tra loro per contenuto e presupposti, presentino a ben vedere anche una base comune consistente appunto nella preclusione del giudizio per una causa esterna con lo stesso incompatibile (sia essa l'intervento di un terzo o dello stesso magistrato); così che l'impiego - in relazione ad entrambe - della nozione di *exemptio* appare a ben vedere non del tutto irragionevole.

²¹⁰ L'impiego del sostantivo *exemptio* o del verbo *eximere* (e dei suoi derivati) per riferirsi alla condotta del terzo che impedisca la chiamata o la comparizione in giudizio ritorna in effetti - oltre che nel richiamato frammento di Paolo sul contenuto dell'editto - anche in numerosi altri passi che si occupano del rimedio. Tra questi, si considerino per tutti - e a titolo d'esempio - D. 2.7.2.pr.: *Vi eximat...vi eximium*; D. 2.7.3. pr.: *qui exemit in ius vocatum*; D. 2.7.5.pr.: *Si per alium quis exemerit*. Sul punto v. anche A. GOMEZ-IGLESIAS CASAL, *Citacion y comparecencia*, cit., p. 105 e nt. 47. La medesima accezione del termine in relazione al processo risulta del resto confermata - quale applicazione specifica del più generale significato di sottrarre o allontanare (da cui il termine *exilium*) - anche nei principali lessici e vocabolari etimologici: si vedano tra gli altri B. HEUMANN, A. SECKL, *Handlexikon*, cit., sub voce "*eximere*", p. 183: "Jemanden vom Erscheinen von Gericht zurückhalten"; E. FORCELLINI, *Totius Latinitatis Lexicon*, cit., p. 356; O. GRADENWITZ, *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, Berolini, 1803, sub voce "*eximere*": "Exemptio in ius vocati consistit in prohibere, ne quis in ius veniat".

²¹¹ È infatti evidente che il doloso impedimento dell'attivazione del processo posto in essere da un terzo può esprimersi - indifferentemente - tanto per mezzo di una condotta fraudolenta proveniente da quest'ultimo, quanto (indirettamente) mediante l'impiego di un'altra persona che sottragga personalmente il convenuto al giudizio per conto del terzo a ciò interessato. Dal testo paolino richiamato in apertura sembrerebbe anzi potersi ricavare che la clausola editale in base a esso ricostruibile si riferisse esplicitamente ed in via principale a quest'ultima ipotesi (come suggerito in particolare dal fatto che il verbo *eximeretur* con il quale si esprime la condotta impeditiva sia coniugato in modo autonomo rispetto al precedente riferimento alla condotta del terzo che *dolo malo faciat*). Da ciò la convinzione, espressa in passato da taluni autori, che l'impiego della forza fisica (diretta o mediata) per impedire la comparizione del *vocatus* sarebbe stato in ogni caso necessario anche ove il terzo avesse agito con dolo. Così A. FERNANDEZ BARREIRO, *La Frustración*, cit., p. 17 e I. BUTI, *Il praetor*, cit., p. 339.

desimo; ciò che portava evidentemente con sé - pur in assenza di un analogo comportamento fraudolento dello stesso convenuto - una corrispondente lesione dell'interesse dell'attore alla costituzione di un rapporto contenzioso con la propria controparte. Se tale appare essere - sulla scorta delle richiamate testimonianze - il contenuto essenziale delle condotte sanzionate dal pretore mediante la concessione dell'editto in parola, una valutazione più attenta delle medesime fonti sembra tuttavia suggerire una situazione più complessa. Si è visto, infatti, come nel frammento ulpiano con il quale si descrive l'introduzione del rimedio da parte del pretore (D. 2.7.1.pr.) la condotta del terzo sanzionata dallo stesso non risulti definita dal termine *eximere* che secondo le altre fonti compariva nell'editto, quanto piuttosto dalla più specifica espressione *in ius vocatos vi eripere* con la quale si descrive l'esercizio diretto di una violenza fisica (*vis*) nei confronti del *vocatus* onde sottrarlo al giudizio²¹², così che un impedimento meramente indiretto, realizzato dal terzo in maniera fraudolenta, o comunque senza il bisogno di un contatto fisico con la persona del *vocatus*, sembrerebbe di per sé radicalmente incompatibile con lo strumento edittale introdotto dal pretore. Può pertanto immaginarsi che - nell'attività di quest'ultimo e nella parallela riflessione ad opera dei giuristi - i presupposti obiettivi ai fini del ricorso all'azione *in factum* nei confronti del terzo abbiano subito con il tempo una significativa evoluzione in una chiave estensiva, all'esito della quale l'ambito di applicazione del rimedio in esame, ancorché circoscritto in origine con ogni probabilità alle sole ipotesi di allontanamento violento della parte convenuta ad opera di un terzo, deve aver finito per ricomprendere anche i comportamenti fraudolenti realizzati (come si è visto) nelle forme indirette dell'*eximere* doloso, come appare del resto indirettamente confermato anche dalle fonti che contrappongono esplicitamente la nozione di *exemptio* alle più circoscritte condotte corrispondenti all'*eripere*, attribuendo alla prima una portata e un significato assai più generali proprio in ragione della sua indipendenza dal necessario collegamento con l'impiego della forza da parte dell'*exemptor*²¹³. Né può

²¹² Oltre che dalla stessa etimologia del termine impiegato (*ex-rapere*: strappare; sottrarre con la forza), tale connessione con l'impiego immediato di una violenza materiale sulla persona del *vocatus* risulta del resto esplicitamente suggerita anche dalle fonti esaminate in questa sede, ove si precisa in effetti con icastica chiarezza che *eripere enim est de manibus auferre per raptum* (D. 2.7.4.pr.).

²¹³ Significativa in tal senso appare in particolare la testimonianza di Papiniano sintetizzata nel già richiamato commentario di Paolo riportato in D. 2.7.4.pr: *Sed eximendi verbum generale est, ut Pomponius ait. Eripere enim est de manibus auferre per raptum: eximere quoquo modo auferre. Ut puta si*

escludersi in radice che, una volta realizzata questa prima estensione delle fattispecie applicative del rimedio in esame a ipotesi diverse dall'esercizio di una violenza immediata nei confronti del *vocatus*, lo stesso sia stato progressivamente ampliato anche a situazioni in cui una coazione fisica impeditiva del giudizio è del tutto carente, estendendo di fatto la sua applicazione a qualsiasi forma di ostacolo esterno alla costituzione del giudizio che impedisca o ritardi - anche con il ricorso a mezzi indiretti di natura fraudolenta - la comparizione del convenuto al cospetto del magistrato²¹⁴. Vista la duplicità di presupposti dell'azione in tal modo affiancatisi in via alternativa (sottrazione materiale della persona del *vocatus* o frustrazione dolosa della sua comparizione), appare inoltre ipotizzabile che quella sopra ricostruita in base alla testimonianza del commentario di Paolo corrisponda in verità - almeno al termine della suddetta evoluzione - solo alla parte conclusiva della clausola edittale nei confronti dell'*exemptor*, il cui testo integrale dev'essere stato completato per le ragioni suddette da un ulteriore riferimento - probabilmente più risalente ed in origine esclusivo - all'uso della forza nei confronti del *vocatus*; ciò che appare del resto indirettamente ricavabile dal costante parallelismo tra le due situazioni delineato dalle fonti²¹⁵.

quis non rapuerit quem, sed moram fecerit quo minus in ius veniret, ut actionis dies exiret vel res tempore amitteretur: videbitur exemisse, quamvis corpus non exemerit. Sed et si eo loco retinuerit, non abduxit, his verbis tenetur. Il giurista non si limita infatti ad evidenziare che l'attività corrispondente alla *exemptio* si distingue dal semplice *eripere* in quanto non comporta l'impiego della forza bensì un allontanamento comunque attuato (*quoquo modo auferre*), ma precisa al contempo come il significato del verbo *eximere* assuma in questo senso una valenza «generale», lasciando di conseguenza intendere come tale concetto - inizialmente ben distinto da quello di *eripere* - si sia progressivamente esteso anche le condotte riconducibili a quest'ultimo. Generalizzazione che, secondo A.FERNANDEZ BARREIRO, *La frustración*, cit., p. 18, potrebbe invero essere intervenuta - nella prassi interpretativa - prima ancora che il termine in esame fosse recepito nell'editto col significato più ampio richiamato da Pomponio.

²¹⁴ Nello stesso frammento ulpiano da ultimo richiamato a testimonianza dell'interpretazione estensiva si evidenzia in tal senso - sempre sulla scorta dell'opinione di Papiniano - come al concetto di *eximere* impiegato nell'editto potessero essere ricondotte, accanto agli interventi fisici consistenti in una vera e propria sottrazione al giudizio della parte convenuta, anche condotte consistenti più semplicemente nella determinazione di un ritardo per impedire la lite con la decadenza dell'azione (*moram fecerit quo minus in ius veniret*). In questo senso, si veda in particolare I. BUTI, *Il praetor*, p. 338-339.

²¹⁵ O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit., p. 73, propone su tali basi la seguente ricostruzione della clausola edittale (da considerarsi attendibile anche ai nostri fini sulla scorta delle suesposte osservazioni quanto alla duplice valenza del rimedio pretorio): NE QUI EUM, QUI IN IUS VOCABITUR VI EXIMAT NEVE FACIAT DOLO MALO QUO MAGIS EXIMERETUR. Nel senso dell'attendibilità della ricostruzione del Lenel e della conseguente corrispondenza tra la prima parte della clausola edittale e la formula impiegata nell'intitolazione del Digesto si esprime anche I. BUTI, *Il praetor*, cit., pp. 105 ss., il quale individua un'ulteriore conferma della ricostruzione proposta anche nel fatto - già evidenziato - che l'espressione *vi eximat* (che sarebbe comparsa nella prima porzione del testo edittale) corrisponda a ben guardare allo locuzioni non dissimili che si trovano impiegate nei rimanenti frammenti del medesimo titolo: "[...] Que la rubrica constituyese la primera parte de la clausula edictal se

Se i presupposti dell'azione nei confronti del terzo che impedisca al *vocatus* di comparire in giudizio risultano specifici e autonomamente individuati rispetto a quelli dell'omologo rimedio nei confronti di quest'ultimo, del tutto analoghe dovevano invece risultare le modalità concrete di applicazione della stessa all'interno del processo, trattandosi in entrambi i casi di giudizi *in factum*²¹⁶ introdotti dal pretore allo scopo di colpire con apposita sanzione eventuali comportamenti (rispettivamente del terzo o dello stesso convenuto) potenzialmente incompatibili con la regolare attuazione della chiamata in giudizio. Anche nel caso dell'azione contro il terzo, pertanto, l'iniziativa nel senso dell'attivazione del rimedio sarebbe spettata in ogni caso al vocante danneggiato dalla mancata comparizione del proprio avversario, il quale avrebbe potuto rivolgersi al magistrato giurisdicente onde lamentare l'impedimento derivante dall'interferenza del terzo e richiedere di conseguenza - nei confronti dello stesso - la concessione della formula *in factum* prevista nell'editto²¹⁷. Quest'ultima avrebbe poi potuto essere rilasciata - al pari di quanto sopra osservato quanto all'azione nei confronti del *vocatus* - a seguito di un'apposita *cognitio* della situazione di fatto condotta dal magistrato, che in questo caso avrebbe verosimilmente avuto ad oggetto in primo luogo la verifica dell'avvenuto allontanamento forzato del convenuto contumace ovvero - in alternativa - della condotta dolosa posta in essere dal terzo affinché

deprende tanto de su congruencia con la segunda, como del hecho de contener las palabras *vi eximat* transmitidas por Ulpiano en D. 2.7.3.2 además de otras que se analizan en el mismo título”.

²¹⁶ Che anche il rimedio nei confronti del terzo risultasse assistito - al pari di quello contro il *vocatus* contumace - da una formula pretoria concepita *in factum* appare ricavabile, senza gravi difficoltà, dalla testimonianza in D. 2.7.5.1 (Ulp. 5 *ad Ed.*): *In eum autem, qui vi exemit, in factum iudicium datur: quo non id continetur quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore aestimata, de qua controversia est. Hoc enim additum est, ut appareat etiam si calumniator quis sit, tamen hanc poenam eum persequi*. Anche in questo caso, pertanto, la tecnica impiegata dal diritto onorario al fine di colmare l'evidente lacuna del diritto civile in punto di efficacia dell'introduzione del processo risulta quella dell'integrazione diretta del sistema previgente mediante la creazione - in aggiunta ai rimedi esistenti - di un nuovo strumento di creazione pretoria modellato sulle esigenze della fattispecie concreta.

²¹⁷ Quanto alla scelta tra il rimedio in esame e quello rivolto nei confronti del *vocatus*, è probabile che la necessità di ricorrere all'uno piuttosto che all'altro si sarebbe resa immediatamente evidente per il fatto stesso che il convenuto (in ipotesi disposto a partecipare al processo) avrebbe denunciato l'interferenza del terzo o l'allontanamento doloso dal luogo del giudizio, o comunque che la stessa risultasse manifesta in base alle circostanze. Deve invece verosimilmente escludersi (pur in assenza di indicazioni più specifiche) un'eventuale concorrenza dei due rimedi a disposizione dell'attore, posto che in caso di collusione fra il terzo e il *vocatus* per l'elusione del giudizio l'applicabilità dell'azione nei confronti del primo sarebbe probabilmente rimasta preclusa vista l'assenza di un impedimento coattivo.

il medesimo non comparisse in giudizio²¹⁸. Ai fini della concessione del rimedio a vantaggio dell'attore, infine, era ancora necessario, come espressamente ricavabile dalla clausola edittale e dalla testimonianza delle fonti, che il convenuto *exemptus* fosse effettivamente rimasto escluso dal giudizio nei suoi confronti instaurato, vale a dire che la condotta impeditiva posta in essere dal terzo (oltre a presentare le suddette caratteristiche oggettive e soggettive) avesse condotto in concreto all'impossibilità per il *vocatus* di presentarsi in tribunale²¹⁹; circostanza a cui doveva probabilmente riferirsi la ricostruzione in fatto alla base della formula e la cui prova spettava evidentemente, pur in assenza di una conferma in tal senso nella testimonianza delle fonti, al medesimo attore concretamente interessato alla concessione della formula²²⁰. Del tutto indifferente ai fini del rilascio ovvero del diniego dell'azione contro il terzo appare invece la fondatezza o meno della pretesa azionata con il giudizio principale, come si desume in particolare dall'univoca precisazione, contenuta nelle fonti, secondo cui la responsabilità del terzo a fronte dell'*exemptio* sarebbe rimasta applicabile nelle forme in esame anche nel caso di una chiamata in giudizio effettuata con calunnia (ossia laddove l'attore interessato alla condanna del terzo avesse agito fin dal principio - nel giudizio principale - con la consapevolezza di essere nel torto). A nulla rilevando, del pari, la circostanza che il terzo responsabile dell'allontanamento del *vocatus* avesse eventualmente assunto le difese dello stesso nel giudizio principale

²¹⁸ In questa sede si sarebbe inoltre verosimilmente collocato anche l'accertamento delle eventuali cause di giustificazione dell'allontanamento del *vocatus* a cui le fonti richiamate ricollegano in alcuni casi l'esclusione della responsabilità in capo al terzo autore dell'*exemptio*, fra le quali può richiamarsi - a titolo d'esempio - il caso della *vocatio* illegittimamente effettuata nei confronti di un soggetto non citabile senza autorizzazione pretoria (D. 2.7.1.2). Sulla sostanziale genuinità del richiamo delle fonti alle *iustae causae exemptionis* v. I. BUTI, *Il praetor*, cit., p. 342, nt. 17 (il quale contesta sul punto le diverse conclusioni di A. DONAIUTI, *Iustus, iuse, iustitia nel linguaggio dei giuristi classici*, in *Ann. Univ. Perugia*, 33 (1921), p. 30; e A. FERNANDEZ BARREIRO, *La Frustración*, cit., p. 37).

²¹⁹ D. 2.7.5.2 (Ulp. 5 ad Ed.): *Docere autem debet quis per hanc exemptionem factum quo minus in ius produceretur. Ceterum si nihilo minus productus est, cessat poena: quoniam verba cum effectu sunt accipienda*. Sospetta dell'effettiva necessità (se non altro originaria) di quest'ulteriore requisito della azione A. FERNANDEZ BARREIRO, *La Frustración*, cit., p. 47 ss. *Contra* I. BUTI, *Il praetor*, cit., p. 343.

²²⁰ Tale ulteriore presupposto - peculiare del rimedio in esame e non contemplato nella diversa ipotesi dell'azione *in factum* nei confronti del *vocatus* - si giustifica del resto in considerazione del fatto che l'intervento del terzo volto ad escludere il convenuto dalla partecipazione al giudizio poteva in astratto dimostrarsi inidoneo a realizzare il suo scopo, come nel caso in cui il *vocatus* riuscisse cionondimeno a comparire in tribunale eludendo per qualche ragione le pressioni dell'*exemptor*. Ad essere sanzionata con il rimedio in esame, in altri termini, non era tanto la circostanza stessa della condotta impeditiva proveniente dal terzo, quanto piuttosto (e più specificamente) l'effetto ostativo della regolarità del giudizio derivante dalla stessa. Il che potrebbe esprimersi icasticamente - e con terminologia moderna - anche affermando che l'intervento del pretore era diretto a sanzionare una vera e propria situazione di danno dell'interesse tutelato anziché un generico illecito di pericolo riguardante lo stesso.

allo scopo di dimostrare l'infondatezza di quest'ultimo e la conseguente giustificazione del proprio intervento onde sottrarre il convenuto da un ingiusto processo²²¹. Non diversamente da quanto si è sopra osservato con riferimento alla sanzione nei confronti del *vocatus*, deve quindi ritenersi che il giudizio *in factum* a carico del terzo avrebbe operato - su iniziativa dell'attore danneggiato dall'*exemptio* - alla stregua di una sorta di «procedimento incidentale» rispetto a quello precedentemente instaurato con la prima *vocatio*, perseguendo l'obiettivo di sanzionare l'*exemptor* per la frustrazione del giudizio da lui provocata senza tuttavia incidere sull'autonoma legittimazione dell'attore a far valere la propria pretesa nei confronti del *vocatus*. Una volta esercitata la separata azione a carico del terzo (eventualmente conclusasi con la condanna dello stesso a una sanzione pecuniaria), il giudizio principale avrebbe quindi potuto regolarmente proseguire nei confronti del convenuto nel frattempo regolarmente comparso nonostante l'*exemptio*, il quale rimaneva di conseguenza esposto alle ordinarie conseguenze della condanna nei suoi confronti richiesta indipendentemente dagli esiti del giudizio incidentale. E ciò - deve intendersi - a prescindere dal fatto che il terzo soccombente nell'azione *in factum* contro di esso proposta avesse o meno adempiuto all'obbligazione derivante dalla condanna nella stessa²²².

Quanto infine al contenuto della condanna nei confronti del terzo (e così alla natura della sanzione prevista nel giudizio in esame), si è già evidenziato come le testimonianze al riguardo contenute nel Digesto sembrino attestare con relativa sicurezza il suo carattere penale²²³. Dal che discendono - tra le altre cose - l'estraneità della rela-

²²¹ Eloquenti in tal senso appaiono in particolare le testimonianze di D. 2.7.4.1 (Paul. 4 *ad Ed.*): *Item si quis eum, qui per calumniam vocabatur, exemerit: constat eum hoc edicto teneri*; e di D. 2.5.5.1 (Ulp. 5 *ad Ed.*): [...] *Hoc enim additum est, ut appareat etiam si calumniator quis sit, tamen hanc poenam eum persequi*, dal che si ricava in modo inequivoco che la fondatezza o meno della pretesa azionata con il giudizio principale non doveva di regola costituire l'oggetto di un accertamento specifico da parte del pretore ai fini del rilascio dell'azione *in factum* diretta contro il terzo. Ciò che appare invero tutt'altro che irragionevole se si considera che l'azione di fondo instaurata dall'attore si rivolgeva in questi casi ad un soggetto diverso (il terzo) rispetto al convenuto del rapporto principale. Sul punto si veda anche A. FERNANDEZ BARREIRO, *La Frustración*, cit., p. 22 ss.

²²² È quanto sembra potersi desumere - in modo particolare - da D. 27.6.1 (Ulp. 5 *ad Ed.*): *Is qui debitorem vi exemit, si solverit, reum non liberat, quia poenam suam solvit*.

²²³ A tal proposito sia sufficiente richiamare, oltre ai frammenti già menzionati nelle pagine precedenti, l'espressa qualificazione della conseguenza edittale a carico del terzo in termini di pena contenuta in D. 2.7.3.1: *Si quis ad pedaneum iudicem vocatum quem eximat, poena eius edicti cessabit*. Ulteriori riferimenti in I. BUTI, *Il praetor*, cit., pp. 343-344; A. FERNANDEZ BARREIRO, *La Frustración*, cit., pp. 39 ss. e A. GOMEZ-IGLESIAS CASAL, *Citacion y Comparecencia*, cit., pp. 112 ss.

tiva azione a una specifica funzione ripristinatoria dell'interesse del vocante rimasto insoddisfatto per l'intervento del terzo e l'estensione alla stessa della struttura tipica dei giudizi penali e dei principi caratterizzanti il loro regime processuale (dalla noscibilità, alla cumulabilità in capo a diversi soggetti, all'intrasmissibilità dal lato passivo, fino alla decadenza dalla legittimazione alla stessa in capo agli eredi decorso un anno dalla sua proposizione²²⁴). Ampiamente dibattuta rimane invece - come del resto nel caso dell'azione *in factum* nei confronti del *vocatus* - la questione relativa alle modalità di determinazione dell'ammontare della *poena*, specie alla luce di un controverso frammento del commentario di Ulpiano al testo dell'Editto in cui si precisa che tale ammontare non corrisponde all'effettivo valore della causa principale (*quod in veritate est*), bensì piuttosto al valore della stessa determinato dall'attore (*quanti ea res est ab actore aestimata, de qua controversia est*)²²⁵. Al di là dei dubbi circa le eventuali alterazioni subite dal frammento, una parte della dottrina ha ritenuto su queste basi che la pena del terzo avrebbe assunto in ogni caso un ammontare fisso corrispondente al valore della lite principale come indicato dall'attore nell'*editio actionis*²²⁶, mentre altri hanno preferito concludere nel senso che l'ammontare della condanna sarebbe stato in ogni caso determinato in modo variabile - nella fase *apud iudicem* - sulla base della valutazione discrezionale effettuata dall'attore mediante un'apposita *aestimatio*, ossia - in ultima analisi - nelle forme caratteristiche del *usu-randum in litem*²²⁷. In mancanza di indicazioni più specifiche circa l'esatta procedura di determinazione della pena nel giudizio in esame, non è tuttavia da escludersi che - tra le due ricostruzioni «estreme» in questo modo contrapposte - possa accogliersi piuttosto una soluzione «intermedia» che tenga conto della parallela testimonianza offerta dalle fonti in merito all'ammontare della condanna pronunciata

²²⁴ D. 7.2.5.4: *Heredibus autem ita dabitur, si eorum intersit: neque autem in heredem neque post annum dabitur*. Sul punto si confronti anche G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, cit., p. 397.

²²⁵ D. 2.7.5.1 (Ulp. 5 ad Ed.): *In eum autem, qui vi exemit, in factum iudicium datur: quo non id continetur quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore aestimata, de qua controversia est. Hoc enim additum est, ut appareat etiam si calumniator quis sit, tamen hanc poenam eum persequi*. Sulla sostanziale genuinità del frammento nella parte che interessa in questa sede può rinviarsi a P. VOGLI, *Risarcimento del danno e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939, p. 52.

²²⁶ Così, in particolare, M. KASER, *Quanti ea res est*, cit., p. 163 ss.; ID, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 225, nt. 51 e G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, cit., p. 47 ss.

²²⁷ In questo senso, tra gli altri, A. FERNANDEZ BARREIRO, *La Frustración*, cit., pp. 40 ss.; A. GOMEZ-IGLESIAS CASAL, *Citación y Comparecencia*, cit., p. 113 ss. e, seppur con taluni scostamenti critici rispetto alle analoghe posizioni sul punto sostenute da altri autori, I. BUTI, *Il praetor*, cit., p. 346 ss.

nell'azione penale nei confronti del *vocatus*²²⁸, concludendo pertanto anche nel caso del giudizio contro il terzo nel senso che la sanzione avrebbe potuto essere determinata dal magistrato (con la collaborazione dell'attore) in misura variabile a seconda della diversa portata dell'interesse azionato e della gravità della resistenza esercitata dal terzo: dall'ammontare minimo corrispondente al valore della causa obiettivamente determinato al momento della *vocatio* nei casi in cui non vi fosse esigenza di aggravare la condanna; fino a quello (eventualmente più elevato) affidato alla determinazione diretta da parte dell'attore al momento della condanna, a cui si sarebbe verosimilmente ricorsi a fronte di condotte ostative di particolare gravità. Il che che, oltre ad apparire coerente con la terminologia impiegata dalle fonti nel descrivere la condanna in ambedue le tipologie di giudizi (in cui la *quantitas* della sanzione effettiva si contrappone alla *veritas* del valore della lite), potrebbe a ben vedere giustificarsi anche alla luce del fatto che nel giudizio nei confronti del terzo - a differenza che in quello contro lo stesso *vocatus* - il soggetto che impedisce od ostacola la comparizione in giudizio non coincide con quello a cui si rivolge l'azione principale, rendendosi pertanto opportuno - almeno in alcuni casi - consentire all'attore di valutare autonomamente l'entità del proprio interesse a vederlo sanzionato.

3.2.3. *Il vadimonium e le garanzie processuali della comparizione differita*

Come si è avuto modo di anticipare occupandosi, in generale, delle modalità introduttive della procedura *per formulas*, all'epoca del compiuto sviluppo di tale modello processuale la citazione in giudizio, pur continuando a rappresentare il meccanismo fondamentale per la chiamata dell'avversario e l'instaurazione della lite, non costituiva più l'unico strumento a questo scopo utilizzabile, essendo oramai affiancata - nella prassi applicativa - dal frequente ricorso a una procedura alternativa ed avente natura notevolmente diversa: la convocazione in tribunale della parte convenuta nelle forme differite del cd. *vadimonium*, consistente nella promessa, effettuata dal *vocatus* nei confronti di chi agisce, di comparire in giudizio in una data e in un

²²⁸ *Supra* § 3.2.1. (pp. 282 ss.).

luogo previamente stabiliti onde partecipare al processo contro di esso instaurato²²⁹. Le origini dell'istituto appaiono invero notevolmente più antiche della procedura *per formulas*, risalendo senz'altro la sua prima emersione alla precedente esperienza delle *legis actiones*²³⁰, nell'ambito delle quali esso non operava in particolare quale autonomo strumento di introduzione del giudizio (che in quel sistema processuale, come si è detto, avveniva tipicamente nelle forme della *vocatio*), quanto piuttosto a consentire una nuova comparizione della parte interessata ove il giudizio non potesse concludersi in un'unica udienza ovvero dovesse proseguire in un momento successivo dinanzi ad altro magistrato. A questo scopo, al convenuto interessato - e già comparso in giudizio in forza di una precedente *vocatio* da lui stesso adempiuta - il magistrato giurisdicente avrebbe potuto imporre (eventualmente su richiesta dell'avversario interessato) di fornire degli appositi garanti (detti appunto *vades*²³¹, da cui il termine *vadimonium*) disposti ad assicurare con il proprio patrimonio la successiva comparizione del medesimo soggetto per la prosecuzione del giudizio, ai quali si sarebbe successivamente sostituito - con la stessa funzione - l'impegno diretto assunto dal convenuto nelle forme di un'apposita *cautio* con cui egli si obbligava a pagare al suo avversario una somma di denaro (*summa vadimonii*) nel caso in cui non fosse comparso nella data stabilita adempiendo alla promessa. Dal momento che l'impiego di simile strumento consentiva di fatto di differire lo svolgimento del giudizio a una data diversa da quella precedente altrimenti stabilita, tuttavia, con il tempo deve essersi diffusa nella prassi applicativa la tendenza ad utilizzare il medesimo meccanismo anche laddove le concrete esigenze del rapporto tra le parti suggerissero di rinviare

²²⁹ Per una sintesi della copiosa letteratura che si è occupata dell'istituto, specialmente in passato, con specifico riferimento ai suoi risvolti processuali si veda - per tutti - M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 226 e nt. 1. Tra gli autori che hanno maggiormente approfondito la problematica dell'applicazione dello strumento quale autonomo mezzo di introduzione del processo e così dei suoi possibili rapporti con lo strumento generale della *vocatio in ius* possono ricordarsi, in modo particolare, M. VOIGT, *Über das Vadimonium*, Leipzig, 1881; G. FLINIAUX, *Le Vadimonium*, Paris, 1908; A. STEINWENTER, *Vadimonium*, Stuttgart, 1934; G. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, cit., p. 273 ss.; G. PUGLIESE, *Le legis actiones: corso di diritto romano*, cit., p. 276 ss.; nonché - più di recente - N. DONADIO, *Vadimonium e contendere in iure*, Milano, 2011.

²³⁰ Sulla verosimile risalenza del meccanismo in esame al più antico processo *per legis actiones* si veda in particolare, oltre alla letteratura generale da ultimo richiamata, G. FERRARI, *Appunti in tema di vadimonium nel processo per legis actiones*, Modena, 1956. La stessa risalenza al processo più antico appare del resto testimoniata da talune isolati riferimenti all'impiego dell'istituto nelle commedie plautine, per i quali può rinviarsi a I. BUTI, *Il praetor e le formalità introduttive*, cit., p. 313 e nt. 2.

²³¹ Sulla figura dei *vades* processuali, anche con riguardo al loro specifico impiego in qualità di garanti della promessa del *vocatus* si veda M. DE SIMONE, *Vas appellatur qui pro altero vadimonium promittebat: Per una lettura di Varro, de Lingua Latina*, 6.74, in *AUPA* 53, (2009), pp. 163-222.

l'instaurazione della lite ad un momento successivo (ad esempio per consentire ai contendenti di predisporre adeguatamente le proprie difese)²³²; al che poteva pervenirsi - per l'appunto - mediante il ricorso antecedente al giudizio (e alternativo alla *vocatio*) a una promessa volontariamente prestata dal convenuto interessato di presentarsi in tribunale - contestualmente al vocante - nella data stabilita dietro accordo delle parti, affiancandosi in tal modo al *vadimonium* imposto dal magistrato nel corso del processo (e detto pertanto comunemente *vadimonium* giudiziale o necessario) un *vadimonium* stragiudiziale e consensualmente prestato su iniziativa delle parti (detto pertanto volontario) allo scopo di programmare in anticipo l'instaurazione della lite²³³, il quale consentiva all'attore di ovviare alle eccessive rigidità della chiamata in giudizio nelle forme tradizionali (concordando con l'avversario una data idonea per iniziare il processo) e al convenuto di evitare le gravose conseguenze, sopra evidenziate, di un eventuale inadempimento della *vocatio* ordinaria (sfuggendo al consueto obbligo di comparizione immediata e rinviando il giudizio ad un momento successivo). Non vi è dubbio, quindi, che all'epoca del suo impiego nel procedimento formulare dinanzi al pretore e agli altri magistrati muniti di *iurisdictio*, il meccanismo promissorio del *vadimonium* stragiudiziale venisse utilizzato in misura prevalente quale strumento per l'introduzione della lite alternativo alla *vocatio*, differenziandosi da quest'ultima (che pure rimaneva astrattamente applicabile, ad esempio, laddove un

²³² Della verosimile diffusione dell'impiego della promessa vadimoniale quale strumento alternativo per l'introduzione del giudizio è obiettiva testimonianza la relativa frequenza con la quale i riferimenti concreti a siffatto istituto sembrano comparire nelle fonti letterarie ed in quelle epigrafiche relative al processo, tra le quali possono ricordarsi in modo particolare i non pochi frammenti dell'opera ciceroniana in cui compare l'espressione *vadimonium promittere* o altre ad essa equivalenti (v. ad es. *Pro Tullio*, 8.20: [...] *dicit deducturum se Tullius, vadimonium Fabio Romam promissurum. manet in ea condicione Fabius mature disceditu*). Eloquente in questo senso appare anche la sicura testimonianza offerta dalle cd. tavolette di Murecine recuperate in anni recenti nei pressi di Ercolano e recanti importanti indicazioni circa le concrete modalità di svolgimento del processo formulare in epoca classica, nelle quali l'espressione *vadimonium facere* compare effettivamente impiegata con specifico riferimento all'invito dell'attore a comparire in una data successiva e alla promessa prestata dal convenuto nel senso di aderire a tale compromesso (tab. I, 49). Sul punto può rinviarsi - da ultimo - all'ottima sintesi di L. BOVE, *Documenti processuali dalle tabulae pompeiane di Murecine*, Napoli, 1979. L'espressione compare anche in Gai. 4.184: *Cum autem in ius vocatus fuerit adversarius neque eo die finiri potuerit negotium, vadimonium ei faciendum est, id est ut promittat se certo die sisti*.

²³³ Avendo riguardo alla diversa funzione delle due tipologie di *vadimonium* in tal modo individuate, la dottrina di area germanica distingue anche, comunemente, tra un "Dilationsvadimonium", corrispondente alla promessa prestata nel corso del giudizio e diretto appunto a dilazionare il processo rinviando le parti ad un'udienza successiva, e un "Zitationsvadimonium", prestato invece fuori dal giudizio su iniziativa delle parti medesime con l'obiettivo di rinviare gli effetti della citazione in giudizio. Sul punto si veda ad es. M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 226, nt. 2.

rinvio non apparisse necessario ovvero in mancanza di un accordo tra le parti) principalmente per il carattere formalmente convenzionale dell'atto di iniziativa introduttivo della lite (promosso dall'attore ma accettato dal convenuto mediante la prestazione di una corrispondente promessa) e per la conseguente «dissociazione» tra il momento preliminare della citazione in giudizio garantita dalla promessa della *summa vadimonii*²³⁴ e quello - necessariamente successivo - dell'effettiva instaurazione del rapporto processuale dinanzi al magistrato. Per effetto dell'accordo tra le parti nel senso di ricorrere allo strumento in esame in luogo della *vocatio*, in altri termini, il convenuto avrebbe di regola aderito all'invito dell'attore a comparire in giudizio (probabilmente effettuato in forme non dissimili da quelle ordinarie della *vocatio* medesima) prestando una corrispondente promessa di presentarsi in tribunale nella data stabilita su indicazione del vocante pena il pagamento della somma promessa per il mancato adempimento. Non deve tuttavia incorrersi nella generica convinzione che la struttura consensuale del meccanismo promissorio in tal modo descritto implicasse per ciò stesso una certa discrezionalità della parte convenuta nel senso di aderire o meno alla richiesta di comparizione formulata dall'attore. Come indirettamente dimostrabile sulla scorta delle richiamate testimonianze letterarie ed epigrafiche relative al *vadimonium* e (non meno incisivamente) sulla base del breve scorcio offerto al riguardo nell'ultima parte delle Istituzioni di Gaio²³⁵, infatti, appare verosimile che - una volta ricevuto l'invito dell'attore a comparire in giudizio ad una data stabilita - al venuto destinatario della stessa non rimanesse altra scelta che quella di prestare la corrispondente promessa e di impegnarsi pertanto alla comparizione richiesta, la quale costituiva pertanto - quanto meno nella sostanza - l'oggetto di un autentico obbligo

²³⁴ Non è peraltro da escludersi che, laddove in *vadimonium* fosse prestato allo scopo stragiudiziale di introdurre il giudizio, la promessa effettuata dal *vocatus* nei confronti dell'attore potesse anche limitarsi all'impegno formale di comparire in giudizio, come sembra tra l'altro potersi ricavare da alcune testimonianze contenute nel Digesto in cui la contestuale promessa di una somma di denaro è espressamente esclusa dal contenuto dell'accordo. Si veda, ad esempio, D. 2.11.14 (Nerat. 2 Membr.): *Si procurator ita stipulatus est, ut sistat dumtaxat eum quem stipularetur, non etiam poenam si status non esset stipularetur: propemodum nullius momenti est ea stipulatio, quia procuratoris, quod ad ipsius utilitatem pertinet, nihil interest sisti. Sed cum alienum negotium in stipulando egerit, potest defendi non procuratoris, sed eius cuius negotium gesserit utilitatem in ea re spectandam esse: ut quantum domini litis interfuit sisti, tantum ex ea stipulatione non stato reo procuratori debeat. Eadem et fortius adhuc dici possunt, si procurator ita stipulatus esset "quanti ea res erit": ut hanc conceptionem verborum non ad ipsius, sed ad domini utilitatem relatum interpretemur.*

²³⁵ Gai. 4.187: *Quas autem personas sine permissu praetoris inpune in ius vocare non possumus, easdem nec vadimonio invitas obligare nobis possumus, praeterquam si praetor aditus permittat*

(verosimilmente sanzionato nelle forme caratteristiche dell'*indefensio* processuale²³⁶), e quindi di una prestazione a contenuto vincolato, non dissimile sotto questo profilo da quella che si è visto caratterizzare la citazione in giudizio quale strumento ordinario di introduzione della lite²³⁷. Ciò che appare del resto più coerente - sotto il profilo formale - con la stessa circostanza che lo strumento in questo modo utilizzato per l'introduzione della lite fosse il medesimo che si è visto poter essere impiegato, nel corso del processo e con l'intervento del magistrato, allo scopo di ottenere una dilazione della causa a giudizio già pendente, rispetto al quale il *vadimonium* stragiudiziale rappresentava sì un'innovazione dal punto di vista del contesto e del fine specifico della garanzia promissoria, ma costituiva al tempo stesso una semplice estensione senza modifiche di struttura di un meccanismo già esistente, con la conseguenza che l'efficacia concretamente riconosciuta alle sue conseguenze nei riguardi del convenuto doveva ragionevolmente apparire la stessa che risultava attribuita all'eventuale impiego del medesimo strumento all'interno del processo, ove la scelta del *vocatus* di assicurare la prestazione reclamata dall'attore era senz'altro vincolata dal coazione diretta offerta a quest'ultimo dall'intervento potestativo del magistrato giurisdicente²³⁸.

²³⁶ Che il rifiuto di prestare la promessa dietro invito dell'avversario potesse condurre alle medesime conseguenze prescritte per l'*indefensio* sembra testimoniato in particolare da alcuni dei summenzionati luoghi delle orazioni ciceroniane in cui la prestazione della promessa compare espressamente associata all'assunzione della *defensio* (v. ad es. *Pro Quinct.*, 20.63). Sul punto I. BUTI, *Il praetor*, p. 322.

²³⁷ Non convincono pertanto, come efficacemente dimostrato soprattutto dall'ARANGIO-RUIZ (*Il processo di Giusta*, in *St. epigr. e papir.*, 1974, p. 334 ss.), le ricostruzioni alternative tendenti ad attribuire alla richiesta dell'attore di *vadimonium promittere* il valore di un semplice invito di natura non vincolante, di fronte al quale il convenuto sarebbe rimasto sostanzialmente libero di prestare o rifiutare la corrispondente promessa. Sul punto v. anche I. BUTI, *Il praetor*, cit., pp. 318-319, il quale ritiene di dover ammettere - in chiave sostanzialmente adesiva alla tesi formulata dal giurista partenopeo - che "a chi intendesse agire" nel successivo processo ricorrendo al *vadimonium* dovesse essere riconosciuto "il potere di *vadimonio obligare* l'avversario *invitus*, l'avversario cioè che non fosse spontaneamente d'accordo" a comparire in tribunale nel momento convenuto. In senso analogo G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, cit., p. 50 ss. Si consideri del resto che molte delle argomentazioni tradizionalmente addotte a sostegno della tesi della libertà del *vocatus* di assoggettarsi al *vadimonium* sono invero condizionate dalle frammentarie testimonianze contenute al riguardo nelle pagine del Digesto, le quali risultano tuttavia senza dubbio notevolmente condizionate dalle trasformazioni subite dall'istituto in parola in epoca postclassica (come attestato in particolare dalla costante sostituzione del termine *vadimonium* e delle locuzioni composite quali *v. praestare* o *promittere* con le corrispondenti espressioni caratteristiche del diritto giustiniano, quali la *cautio* o *satisfactio iudicium sistendi causa*). In senso contrario si esprime ancora A. FERNANDEZ BARREIRO, *La frustracion de la comparecencia*, cit., p. 76, secondo il quale "el caracter voluntario de esta forma de citación dejaba subsistente la *in ius vocatio* para aquellos supuestos en los que el demandado no se prestara a realizar el *vadimonium* que, en modo alguno, podía ser impuesto como obligatorio, ya que era un modo extraordinario de verificar la citación". Per le oscillazioni della dottrina v. E. METZGER, *Litigation in Roman Law*, p. 12 ss.

²³⁸ I. BUTI, *Il praetor*, cit., p. 318 ss. riporta quale ulteriore dimostrazione della correttezza di tale conclusione in ordine all'obbligatorietà della promessa vadimoniale la circostanza che, nei brevi accenni

La problematica fondamentale con riguardo alla garanzia della regolare costituzione del rapporto processuale nei giudizi introdotti nelle forme del *vadimonium* non risiedeva pertanto - come nel caso della normale *in ius vocatio* - nella coazione immediata del convenuto recalcitrante a seguire l'attore nel luogo del giudizio (posto che in questi casi il differimento del momento iniziale della presenza in tribunale costituiva l'oggetto specifico dell'accordo tra le parti), quanto piuttosto nell'esigenza di assicurare che, una volta regolarmente prestata la promessa di comparire in un momento successivo, il *vocatus* la adempiesse correttamente presentandosi *in iure* nel giorno stabilito, evitando di conseguenza che questi potesse avvalersi del beneficio offerto dal differimento della chiamata al solo scopo di sottrarsi fraudolentemente alla lite nei suoi confronti (ad esempio approfittando del periodo concesso tra la chiamata e il giudizio per allontanarsi surrettiziamente dal luogo stabilito e rendersi quindi irreperibile al momento concordato, impedendo all'attore anche un ricorso alla *vocatio*). Secondo quanto emerge dalle fonti direttamente o indirettamente riconducibili a questa particolare modalità di introduzione della lite, di fronte al danno concretamente derivante dalla mancata presenza del convenuto promittente nel luogo e nel momento stabiliti nel *vadimonium*, all'attore insoddisfatto era consentito di reagire ricorrendo alternativamente a due distinti rimedi. Da un lato, egli avrebbe potuto promuovere nei confronti dell'avversario rimasto contumace (e come tale inadempiente rispetto all'obbligo assunto con la prestazione del *vadimonium*) un'azione negoziale diretta a conseguire - in via giudiziale - l'adempimento del medesimo obbligo così identificato e non spontaneamente eseguito nel momento stabilito. A tal fine, il pretore avrebbe infatti concesso l'*actio ex certae creditae pecuniae* o un'*actio incerti ex stipulatu*,

dedicati allo strumento nelle Istituzioni di Gaio, esso viene tra l'altro espressamente assoggettato alla medesima disciplina dell'autorizzazione pretoria per l'ipotesi in cui fosse rivolto ad alcuno dei soggetti non altrimenti convenibili in giudizio (*easdem nec vadimonio invitas obligare nobis possumus*); precisazione questa che difficilmente potrebbe ritenersi motivata se il convenuto fosse stato effettivamente libero di sottrarsi alla promessa, giacché in tal caso l'eventuale mancanza dell'autorizzazione pretoria sarebbe apparsa irrilevante. *Contra* - per riconoscimento dell'autore stesso - A.J. BOYE, *Pro Pretoria Iusta*, in Mel. Levy-Bruhl, Paris, 1959, pp. 37 ss. (che non è stato possibile consultare direttamente). A prescindere dal significato che si voglia attribuire alla richiamata testimonianza, appare ad ogni modo significativo che nel frammento in esame il *vadimonium* stragiudiziale venga espressamente accostato alla *in ius vocatio* ai fini del suo trattamento processuale ad opera del pretore, posto che ciò sembra confermare, se non altro indirettamente, la circostanza (sopra menzionata) che i due strumenti risultassero nella sostanza equiparati quanto ai loro effetti costitutivi nei confronti del *vocatus*.

a seconda che la promessa introduttiva avesse avuto ad oggetto (come di regola avveniva) una somma di denaro per la mancata comparizione ovvero si fosse limitata ad assicurare quest'ultima senza la contestuale stipula di una *summa vadimonii*: nel primo caso, la condanna del *vocatus* sarebbe ammontata al valore della penale in questo modo stabilita (probabilmente convenuta dalle parti secondo precisi criteri determinati nell'Editto²³⁹); nel secondo, egli avrebbe invece subito, in caso di soccombenza, una condanna in misura corrispondente all'interesse fatto valere dall'attore²⁴⁰. Una volta costituitosi nei relativi giudizi, il convenuto avrebbe poi potuto opporre (sotto forma di apposite eccezioni) le eventuali ragioni giustificative della propria assenza nel precedente giudizio²⁴¹, ma non contestare nel merito (quanto meno nel caso di attuazione di una promessa assistita da una *summa vadimonii*²⁴²) l'eventuale infondatezza della pretesa fatta valere dall'attore insoddisfatto nel medesimo giudizio, per la cui eventuale verifica il convenuto inadempiente avrebbe pertanto dovuto adeguarsi al *vadimonium* e accettare pertanto di comparire regolarmente nel giudizio principale²⁴³; ciò che lascia intendere - *a contrario* - come l'azione promossa per l'attuazione del *vadimonium* in una delle forme che si sono prospettate avesse la sola funzione (in questo senso eminentemente processuale) di coartare indirettamente la partecipazione attiva del *vocatus* recalcitrante al giudizio di merito contro di esso in-

²³⁹ Gai. 4.163: *Et si quidem iudicati depressive agetur, tanti fit vadimonium, quanti ea res erit; si vero ex ceteris causis, quanti actor iuraverit non calumniae causa postulare sibi vadimonium promitti: nec tamen pluri quam partis dimidia nec pluribus quam sestertium C milibus fit vadimonium.*

²⁴⁰ È quanto si desume in particolare da D. 2.5.3 (Ulp. 47 *ad Sab.*): *Cum quis in iudicio sisti promiserit neque adiecerit poenam, si status non esset: incerti cum eo agendum esse in id quod interest verissimum est, et ita celsus quoque scribit* e da D. 2.11.3 (Paul. 69 *ad Ed.*): *Sed actio ei datur adversus eum qui detinuit in id quod eius interest.* Nel senso dell'esistenza di una precisa disciplina editale dell'ammontare della *summa vadimonii* e del conseguente ammontare della condanna nell'azione corrispondente si veda invece Gai. 4.185: *Fiunt autem vadimonia quibusdam ex causis pura, id est sine satisfactione, quibusdam cum satisfactione, quibusdam iureiurando, quibusdam recuperatoribus suppositis, id est, ut qui non steterit, is protinus a recuperatoribus in summam vadimonii condemnatur; ea quae singula diligenter praetoris edicto significantur [...].*

²⁴¹ Tali ragioni, dettagliatamente elencate in D. 2.11.2 (Ulp. 74 *ad Ed.*), coincidono nella sostanza con quelle idonee a giustificare l'assenza incolpevole al momento della chiamata in giudizio, con la conseguenza che la loro estensione anche all'ipotesi del mancato adempimento della promessa vadimoniale eventualmente azionata dall'attore dev'essere apparsa naturale e facilmente attuabile.

²⁴² I. BUTI, *Il praetor*, cit., p. 331, sembra invece ammettere la possibilità di una valutazione del merito del giudizio principale nel caso della promessa conclusa senza la pattuizione di una penale, senza tuttavia addurre in questo senso ragioni particolari. Sulla scorta della totale assenza di indicazioni al riguardo nelle fonti richiamate (e soprattutto alla luce del fatto che le testimonianze letterarie ed epigrafiche sul punto non alludono in alcun modo alla fondatezza della pretesa) appare quindi più ragionevole ritenere che, anche in questo caso, l'oggetto del giudizio relativo al *vadimonium* si sarebbe in concreto limitato all'accertamento dell'eventuale inadempienza della corrispondente promessa.

²⁴³ Sul punto, G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, cit., 54.

staurato. Al che può aggiungersi - quale ulteriore conferma della strumentalità delle *actiones vadimonii deserti*²⁴⁴ allo specifico accertamento delle ragioni alla base del rifiuto di adempiere alla promessa - che in tali giudizi all'attore era in ogni caso imposto di prestare un giuramento con cui affermava di non aver chiesto il *vadimonium* pur essendo consapevole dell'infondatezza della pretesa azionata (vale a dire *calumniae causa*)²⁴⁵, il che doveva evidentemente garantire che lo strumento in esame non venisse impiegato per fini diversi rispetto a quelli, di tipo processuale, ad esso sottesi. È peraltro evidente che l'instaurazione di tali giudizi ulteriori a garanzia del *vadimonium* presupponeva a sua volta il ricorso a una chiamata in giudizio nella medesima forma o in quella più rigorosa della *vocatio in ius*, così che poteva senza dubbio accadere che il convenuto chiamato a rispondere dell'inadempimento della promessa a suo tempo prestata si dimostrasse in concreto indisponibile a comparire anche nel giudizio secondario per il *vadimonium desertum*, ovvero che risultasse comunque impossibile procedere nei suoi confronti alla regolare instaurazione di quest'ultimo (magari perché lo stesso convenuto aveva accettato il *vadimonium*, nei termini suddetti, proprio allo scopo di rendersi definitivamente indisponibile e quindi di evitare ulteriore *vocationes*). In questi casi, il pretore consentiva verosimilmente al vocante insoddisfatto (promissario del *vadimonium* rimasto inadempito ma impossibilitato a farne valere gli effetti con una nuova chiamata) di ricorrere ai medesimi strumenti di coazione indiretta della partecipazione al giudizio che si sono visti applicabili - proprio sulla base dell'editto del pretore - nelle ipotesi di contumacia di fronte alla *vocatio*, vale a dire - in buona sostanza - alla *missio in possessionem* e all'eventuale *venditio* dei beni del convenuto che sia rimasto contumace o di una parte degli stessi²⁴⁶.

²⁴⁴ La terminologia, che per le ragioni suesposte può risultare fuorviante, si riferisce ad alcuni luoghi della testimonianza del Digesto in cui l'inadempimento della promessa prestata, che costituisce il presupposto dell'uno o dell'altro dei giudizi descritti, viene indicata nei termini di un «abbandono» (*desertio*) del giudizio principale garantito dal *vadimonium* (si cfr. ad es. D. 25.11.1: *Item si duo rei promittendi sint et unus ad iudicium non venerit contempta sua promissione iudicio sistendi causa facta, actor autem ab altero rem petat, ab altero poenam desertionis: petendo poenam exceptione summovebitur*). Alla luce del fatto che il giudizio di adempimento del *vadimonium* avrebbe assunto comunque una forma e dei contenuti diversi a seconda delle caratteristiche concrete della promessa prestata, M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. p. 228 e nt. 14, non manca tuttavia di sottolineare - come si è visto con buona ragione - che “eine besondere *actio vadimonii deserti* hat es nicht gegeben”.

²⁴⁵ Gai., 4.185.

²⁴⁶ Per l'esame più dettagliato di tale strumento e delle sue variabili applicative v. *supra* §§ 3.1.1. ss. Nel senso della verosimile applicabilità dei corrispondenti rimedi anche nell'ipotesi della mancata at-

A tal riguardo, le pochissime testimonianze offerte dalle fonti - per lo più letterarie - che si sono richiamate, appaiono invero manifestare una più specifica assimilazione delle situazioni in esame alla peculiare dimensione della latitanza processuale caratteristica del *vocatus* che si sottragga volontariamente al giudizio nei suoi confronti promosso con atteggiamento doloso. A simili circostanze sembra in effetti riferirsi - con relativa chiarezza - la sola testimonianza storicamente attendibile della quale disponiamo in merito alla possibile applicazione dei rimedi di cui trattasi alla specifica ipotesi del *vadimonium desertum*, ricavata ancora una volta dall'orazione ciceroniana a difesa di Publio Quinzio, che ha già fornito rilevanti indicazioni anche con riguardo alla *bonorum venditio* conseguente alla *vocatio* (*supra* § 3.2)²⁴⁷:

Cic., *Pro Quinct.*, 17.54

[...] *quaero abs te, C. Aquili, L. Lucili, P. Quinctili, M. Marcelle: vadimonium mihi non obiit quidam socius et adfinis meus quicum mihi necessitudo vetus, controversia de re pecuniaria recens intercedit; postulone a praetore ut eius bona mihi possidere liceat, an, cum Romae domus eius, uxor, liberi sint, domum potius denuntiem? Quid est quod hac tandem de re vobis possit videri? Profecto, si recte vestram bonitatem atque prudentiam cognovi, non multum me fallit, si consulamini, quid sitis responsuri: primum exspectare, deinde, si latitare ac diutius ludificare videatur, amicos convenire, quaerere quis procurator sit, domum denuntiare [...].*

e ancora:

Ibidem, 18.31

"Non dubitavi", inquit, "cum vadimonium desertum esset, bona proscribere." Improbe; verum, quoniam tu id tibi adrogas et concedi postulas, concedamus. Quid si

tuazione della promessa vadimoniale si vedano ad es. G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, cit., p. 55; I. BUTI, *Il praetor*, cit., p. 331 ss. e M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 228.

²⁴⁷ M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozess*, cit., p. 228, nt. 16 richiama a tal proposito, pur giudicandola obiettivamente più oscura, anche l'ulteriore testimonianza di Horat., *Serm.*, 1.9.35-37: *Ventum erat ad Vestae, quarta iam parte diei praeterita, et casu tum respondere vadato debebat, quod ni fecisset, perdere litem*, da cui non appare tuttavia ricavabile alcuna indicazione specifica nel senso di ritenere che la locuzione *perdere litem* (che FLINIAUX, *Le vadimonium*, cit., p. 96 ritiene senz'altro riferita alla *res litigiosa*) possa intendersi come un implicito rinvio alla possibilità che in questi casi si procedesse senz'altro alla vendita forzata dei beni del *vocatus* inadempiente al *vadimonium* prestato.

numquam deservit, si ista causa abs te tota per summam fraudem et malitiam victa est, si vadimonium omnino tibi cum P. Quinctio nullum fuit? quo te nomine appellamus? Improbum? At etiam si desertum vadimonium esset, tamen in ista postulatione et proscriptione bonorum improbissimus reperiebare. Malitiosum? Non negas. Fraudulentum? Iam id quidem adrogas tibi et praeclarum putas. Audacem, cupidum, perfidiosum? Volgaria et obsoleta sunt; res autem nova atque inaudita. Quid ergo est?

Nel difendere il proprio assistito dall'accusa dell'avversario di essersi ingiustamente sottratto a una precedente chiamata (espressamente ricondotta alle forme del *vadimonium*), l'Arpinate passa eloquentemente in rassegna le diverse circostanze che avrebbero potuto condurre - se non altro in ipotesi - al riconoscimento a suo carico di una *desertio vadimonii*. Di fronte a tale ipotesi, dopo aver genericamente riconosciuto la possibilità che il pretore disponesse in questi casi l'immissione nel possesso dei beni del *vocatus* (*eius bona mihi possidere liceat*), Cicerone passa quindi a qualificare in maniera più specifica i possibili presupposti del relativo provvedimento, rispetto ai quali egli fornisce a ben vedere l'immagine di una situazione caratterizzata da una specifica intenzione della parte convenuta di danneggiare l'avversario (*latitare ac diutius ludificare videatur*) o comunque da un atteggiamento scorretto (*improbissime*) malevolo (*malitiosum*) o ingannatorio (*fraudolentum*) del medesimo *vocatus* del tutto simile a quello caratteristico della sua *latitatio*, senza per converso riferirsi espressamente alle più generiche situazioni di lontananza materiale dal luogo del giudizio che individuano normalmente la semplice *absentia* (che pure lo stesso Cicerone aveva dettagliatamente individuato in altro luogo della medesima orazione²⁴⁸). Né è difficile immaginare che tale situazione di generica assenza nel momento del giudizio sia rimasta in questa sede obliterata per l'obiettivo difficoltà di concepire in tali casi una contumacia inconsapevole e non colposa posta in essere dal *vocatus*, posto che in ragione dello stesso *vadimonium* quest'ultimo era senz'altro a conoscenza tanto del processo nei suoi confronti promosso quanto della necessità di essere presente nella località concordata e di accettare in quella sede l'instaurazione della lite. Non appare pertanto da escludersi che - di fronte alla promessa precedentemente ac-

²⁴⁸ *Pro Quinct.*, 19-20, su cui v. *supra* §§ 3.1.1-3.1.2.

cettata dalla parte convenuta di presentarsi in giudizio in una data stabilita - la mancata comparizione della medesima parte nel momento in questo modo preventivamente convenuto dovesse apparire connotata, per ciò stesso, da un intento fraudolento e dolosamente ostruzionistico dell'iniziativa avversaria che lo stesso convenuto si era impegnato ad affrontare in giudizio con la prestazione del *vadimonium*; tale da giustificare da un lato la sua sostanziale equiparazione alla posizione del convenuto che fosse rimasto latitante, e da legittimare quindi - per altro verso - l'applicazione nei suoi confronti delle più rigorose implicazioni sanzionatorie rispetto a quest'ultimo previste all'interno dell'Editto. Ciò che rappresentava ovviamente - in rapporto alla più generica sanzione derivante dalla pretesa di pagamento della *summa vadimonii* - una conseguenza più severa e meno agevolmente applicabile sotto il profilo processuale, ma nondimeno adeguata e complessivamente efficace nel garantire (per quanto possibile) la regolare instaurazione del giudizio anche a fronte dell'eventuale indisponibilità dal *vocatus* inadempiente di assoggettarsi alla prima²⁴⁹.

4. Considerazioni conclusive

Nel tentare di offrire una valutazione d'insieme delle osservazioni formulate nei precedenti paragrafi, può innanzitutto osservarsi come la necessità di assicurare la regolare instaurazione del giudizio quale momento genetico della vicenda processuale e presupposto imprescindibile per la definizione della lite sembri aver costituito - nell'esperienza storica del processo romano - l'oggetto di una serie di istituti e di meccanismi rimediali tanto vari ed articolati nella loro natura quanto utili ed efficienti nel loro concreto funzionamento. Se ciò è dimostrabile già con riguardo alla più antica procedura delle *legis actiones*, nella quale la natura essenzialmente privatistica del rapporto processuale (e in primo luogo del suo momento introduttivo nelle forme della *vocatio*) si rifletteva come si è visto nella precisa disciplina della sequenza di reazioni autorizzate della parte interessata plasticamente testimoniata dal resoconto decemvirale (consistente nella sostanza in un ricorso controllato all'autotutela privata

²⁴⁹ Sul possibile concorso tra i due rimedi processuali v. anche L. D'AMATI, *Sulla cooperazione del convenuto*, cit., pp. 865-867 ss. e nt. 51; e G. PUGLIESE, *Processo formulare*, cit., p. 55.

quale strumento di garanzia della chiamata in giudizio), nel processo formulare la medesima esigenza di un'adeguata reazione alle condotte impeditive dell'instaurazione della lite sembra aver assunto un significato ulteriore e una maggiore rilevanza in virtù della singolare combinazione - caratteristica di quel sistema - tra l'elemento privatistico ereditato dal sistema precedente e l'elemento *lato sensu* pubblicistico derivante invece dalla forza creativa dell'intervento del pretore. Per effetto delle modifiche introdotte da quest'ultimo nella sistematica dell'Editto si è infatti assistito alla formazione di un sistema di rimedi di natura diversa da quella puramente privatistica del processo più antico (in quanto basati in sostanza sulla potestà del magistrato di adottare misure patrimoniali nei confronti delle parti) e tendenti ad alleviare per quanto possibile l'eccessivo rigore dei rimedi operanti nel processo più antico, ai quali le garanzie pretorie dell'introduzione del giudizio non si sono tuttavia sostituite con effetto abrogativo, quanto piuttosto affiancate con funzione integrativa, divenendo i rimedi generalmente applicabili a fronte della contumacia della parte convenuta ma mantenendo possibile l'applicazione delle sanzioni più antiche ove la propria applicazione non apparisse sufficiente. Se già in età decemvirale il sistema delle garanzie processuali all'introduzione della lite manifestava, come si è detto, una certa gradualità nelle reazioni prescritte a fronte della gravità delle condotte del *vocatus* impeditive del processo, quindi, con l'avvento del procedimento formulare e dei rimedi pretori a quest'ultimo connessi tale tendenza si è ulteriormente accentuata nel senso di una sovrapposizione di rimedi di diversa natura e applicabili a situazioni altrettanto differenti: quelli a contenuto essenzialmente patrimoniale riconosciuti dal pretore (e fondati sul ricorso a *missiones in possessionem* nei confronti del contumace), operanti oramai nella maggior parte delle ipotesi di indisponibilità di quest'ultimo a partecipare al giudizio; e, per altro verso, quelli di natura personale fondati, fin dall'epoca più antica sull'autotutela privata, tutt'ora applicabili nei casi più gravi di resistenza alla *vocatio* che rendessero inutile - nel caso concreto - il ricorso al più mite strumentario dei rimedi processuali di matrice onoraria. Al che deve peraltro aggiungersi - quale ulteriore testimonianza della tendenziale gradualità del sistema rimediale disegnato dal pretore - l'emersione all'interno di quest'ultimo, sulla scorta dell'elaborazione giurisprudenziale della distinzione concettuale tra *absentia* e *latitatio*, di un trattamento parzialmente differenziato delle condotte del convenuto impeditive del

giudizio a seconda della loro specifica connotazione sotto il profilo soggettivo.

Accanto a tale sistema di garanzie differenziate dell'efficacia della *vocatio* rispetto all'inerzia del convenuto, si è visto inoltre come il pretore abbia col tempo predisposto una serie di rimedi di natura più specifica volti ad assicurare indirettamente la chiamata medesima anche a fronte di situazioni differenti ma nondimeno suscettibili di impedirla o di ritardarne l'esecuzione: ciò che avvenuto, da un lato, con la previsione del meccanismo ausiliario dell'azione penale *in factum* avverso chi non compare in giudizio né fornisca un idoneo garante (applicabile - in via residuale - di fronte al rifiuto del convenuto recalcitrante di dare attuazione alla chiamata nei suoi confronti perfezionatasi) e, dall'altro, con la parallela repressione - per mezzo di analoghi rimedi di carattere penale - degli eventuali comportamenti impeditivi della *vocatio* o della comparizione in tribunale provenienti da terzi anziché dal *vocatus*; ai quali devono aggiungersi, come da ultimo osservato, gli specifici meccanismi di natura sanzionatoria finalizzati a reprimere la mancata attuazione ad opera di quest'ultimo della promessa stragiudiziale di costituirsi in giudizio (*vadimonium desertum*), introdotti probabilmente nella giurisdizione pretoria allo scopo di tener conto della rilevanza assunta nella prassi processuale da tale modalità alternativa di instaurazione della lite (caratterizzata, rispetto alla *vocatio* nelle forme tradizionali, da uno scostamento temporale tra il momento iniziale della chiamata in giudizio e quello successivo della sua instaurazione); ferma restando - anche in questo caso - la possibilità di ricorrere ai più severi rimedi (civili e pretori) di carattere esecutivo laddove ciò fosse reso necessario dalla particolare gravità della resistenza opposta alla chiamata in giudizio e dalla conseguente inefficacia degli strumenti alternativi a tal fine predisposti.

Complessivamente, sembra pertanto potersi concludere che - per effetto della varietà e della notevole differenziazione dei rimedi risultanti dalla felice integrazione tra diritto civile ed Editto pretorio quanto ai mezzi di garanzia dell'introduzione del giudizio, nell'ordinamento processuale romano di età formulare non difettavano certo delle tutele adeguate del corretto svolgimento di questa fase preliminare della vicenda processuale di fronte agli eventuali comportamenti (dilatori od ostruzionistici) della parte convenuta interessata ad impedirla, i quali sembrano anzi aver ricevuto un trat-

tamento puntuale e consapevolmente strutturato alla luce della varietà di forme e contenuti con cui possono in concreto manifestarsi nella dinamica del processo. Non solo, infatti, a situazioni differenziate quanto alla loro incidenza sull'instaurazione della lite sembrano corrispondere - quanto meno in astratto - reazioni differenti per natura e intensità (dalla semplice applicazione di una sanzione pecuniaria al ricorso autorizzato alla violenza privata), ma nella disciplina delle stesse e delle loro relazioni sembra anche potersi individuare l'attribuzione di una certa rilevanza differenziale e qualificante al momento psicologico della volontà facente capo al *vocatus* di porre in essere la condotta impeditiva del giudizio (del che è un esempio paradigmatico il trattamento differenziale dell'assenza obiettiva rispetto alla *latitatio* sul quale si fonda in ultima analisi il meccanismo pretorio di coazione indiretta della *vocatio in ius*). Su queste basi appare quindi difficile aderire compiutamente alle posizioni di quegli autori che - in ragione del carattere per lo più indiretto di tali rimedi e della correlativa assenza di strumenti autoritativi di coazione del giudizio (quali quelli caratteristici dei diritti moderni e prima ancora del giudizio tardo-antico) - hanno voluto negare alla procedura formulare dell'epoca classica una reale effettività nell'assicurare la tutela degli interessi azionati a fronte dell'eventuale rifiuto della parte convenuta di collaborare spontaneamente alla loro attuazione, posto che - nonostante questi ultimi abbiano ritenuto che quel sistema processuale si prestasse agevolmente (per le sue stesse caratteristiche) alle strumentalizzazioni di quei soggetti muniti di maggiore forza fisica od economica (*potentiores*) volti ad impedire la concreta soddisfazione della parte che agisce²⁵⁰, esso appare invero connotato sotto questo profilo da adeguate garanzie di natura procedurale. Lungi dall'aver ignorato il problema della possibile resistenza all'instaurazione del giudizio ad opera dei soggetti interessati ad evi-

²⁵⁰ Nel senso della tendenziale inidoneità del tutela processuale dell'epoca classica nel garantire la corretta instaurazione del giudizio e la prosecuzione dello stesso anche a fronte della contraria volontà della parte convenuta in posizione di vantaggio si è espresso, in particolare, M. KELLY, *Roman Litigation*, Oxford, 1966, secondo il quale i soggetti con tali caratteristiche sarebbero risultati quasi sempre in grado, eventualmente con l'aiuto di parenti ed amici, di impedire in radice l'esecuzione della chiamata o comunque di sottrarsi al conseguente obbligo di comparire in giudizio. Per un' incisiva critica delle radicali posizioni del Kelly v. G. PUGLIESE, *Principi teorici e realtà pratica nei processi romani - A proposito di M. Kelly, Roman Litigation*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 35 (1967), pp. 291-303. Sulla figura dei *potentiores* e la loro possibile influenza sull'amministrazione della giustizia (specie alla luce delle innovazioni introdotte nella legislazione tardo-antica) v. G. SANTUCCI, *Sub umbra potentium latitare. Dinamiche giuridiche e sociali di protezione nel Tardo Antico*, I, *Lezione tenuta presso la sede napoletana dell'«Associazione di Studi Tardo-antichi»* il 24 marzo e ID., *Potentiores e abusi processuali*, in *Atti dell'accademia romanistica costantiniana*, Napoli, 1996, pp. 325-354.

tarlo (e a dispetto dell'assenza - in quel modello processuale - di meccanismi diretti volti ad attuare il contraddittorio tra le parti), la procedura *per formulas* si caratterizza infatti, secondo quanto osservato, per una molteplicità di strumenti (tra di loro differenziati e variamente coordinati) idonei a coartare - quanto meno indirettamente - la partecipazione spontanea della parte convenuta all'introduzione della lite, colpendo per converso - con sanzioni differenziate a seconda della natura e dell'effettiva gravità delle situazioni coinvolte - i comportamenti concretamente inconciliabili con quello scopo processuale e dunque frustranti l'interesse dell'avversario allo svolgimento di un giudizio. Un sistema di garanzie, dunque, che pur operando mediante strumenti eterogenei e profondamente differenti da quelli caratteristici delle esperienze successive (prima fra tutte la possibilità di un ricorso alla forza pubblica come strumento coattivo), appare nel complesso adeguato a perseguire lo scopo della regolare instaurazione del rapporto processuale anche a fronte delle condotte ostruzionistiche poste in essere dal *vocatus* e potenzialmente ostative della sua attuazione, dimostrandosi peraltro fortemente coerente - proprio per il suo carattere indiretto e per la sua operatività multiforme, progressiva e graduale - con la natura essenzialmente privatistica e necessariamente cooperativa di quel modello processuale, le quali avrebbero inevitabilmente urtato contro qualsiasi forma di coazione immediata della costituzione nel giudizio e più ancora contro la possibilità di ricorrere - nei confronti del convenuto sottrattosi per qualsivoglia ragione alla partecipazione alla lite - ad una procedura *in absentia* di natura contumaciale. Nulla dunque, che sembri autorizzare un'imputazione all'ordinamento processuale romano del periodo classico della sostanziale incapacità di attuare i propri fini in mancanza di una spontanea disponibilità del *vocatus* a consentire l'azione che una parte della richiamata letteratura ha voluto attribuirgli, dovendosi piuttosto riconoscere non soltanto che l'esigenza di assicurare l'efficacia del giudizio nella sua fase introduttiva - per quanto attuata in forme peculiari e difficilmente riconducibili a uno schema unitario - trovava in quel sistema uno specifico riconoscimento nella disciplina del processo, ma anche che i rimedi a tal fine predisposti presentavano - in combinazione reciproca - un'efficienza non trascurabile nel perseguire tale scopo, risultando complessivamente funzionali a prevenire o sanzionare una pluralità di situazioni impeditive della lite tra di loro differenti e quindi a contrastare l'eventuale tentativo della parte passiva del rapporto processuale

di ostacolare fin dal principio il corretto funzionamento del meccanismo giudiziario. Ciò che potrebbe a ben vedere spiegare - in una certa misura - anche la circostanza, rilevata dagli stessi autori che hanno contestato nel senso suddetto l'efficienza di quel sistema nell'assicurare l'instaurazione del giudizio, che nelle fonti relative alla procedura formulare non compaiano riferimenti espliciti alla problematica degli abusi posti in essere dai *potentiores* e agli strumenti per contrastarli (come avviene invece nei testi postclassici²⁵¹), posto che tale minore frequenza alla questione in esame potrebbe invero discendere, più che da una pretesa incapacità di quel sistema processuale di prevenire e reprimere quel genere di condotte, proprio dalla maggiore efficacia dei rimedi nello stesso predisposti rispetto alle garanzie astrattamente previste allo stesso fine nel processo tardo-antico, ove la crescente debolezza delle autorità giudiziarie centrali rispetto alle spinte centrifughe di tipo sociale ed economico rendeva sempre più difficile contenere la capacità di determinati soggetti di imporre all'avversario la propria preminenza ed impedire quindi l'instaurazione dei giudizi.

²⁵¹ Sul punto si veda ancora G. SANTUCCI, *Potentiores e abusi processuali*, cit., p. 335 ss.

CAPITOLO TERZO

RIMEDI FORMULARI AL FRAZIONAMENTO DELLA DOMANDA

1. Presentazione del fenomeno e limiti dell'indagine

Si immagini la seguente situazione: Tizio e Caio concludono un contratto di mutuo per la somma di 10000 Euro con l'obbligo del mutuatario di restituire il denaro dopo un anno dalla stipula. Alla scadenza del termine, Tizio (il mutuante) agisce in giudizio nei confronti di Caio chiedendo la restituzione di Euro 5000. Ottenuta la condanna del debitore e passata in giudicato la relativa sentenza, lo stesso Tizio propone nuovamente domanda chiedendo la restituzione della parte residua della somma mutata (la differenza fra il credito totale e quello già azionato nel primo giudizio). Si pensi, per altro verso, alla seguente vicenda: Mevio, proprietario di un terreno che il vicino Sempronio utilizza regolarmente senza averne il diritto, agisce in rivendica nei confronti di questo chiedendo l'accertamento della sua proprietà su una porzione del bene ingiustamente fruito. Qualche tempo più tardi, formatosi il giudicato sulla sentenza di accoglimento, egli agisce di nuovo in sede petitoria rivendicando la proprietà della rimanente porzione del medesimo fondo. Si consideri, infine, quest'ultimo esempio: l'automobilista Cornelio, guidando con imprudenza la sua auto sportiva, investe rovinosamente il passante Ennio sulla banchina stradale, provocandogli lesioni gravi e un consistente turbamento psichico conseguente al sinistro. Al momento di agire per il risarcimento del danno, tuttavia, Ennio si limita ad azionare nei confronti del danneggiante la singola voce di danno relativa alle lesioni, differendo la richiesta risarcitoria del danno morale a una successiva e distinta iniziativa giudiziale.

Cos'hanno in comune le diverse fattispecie in questo modo esemplificate? C'è qualche elemento che consente di accostarle nonostante la varietà delle pretese a cui esse

si riferiscono (rispettivamente il credito nascente da un contratto, il diritto di proprietà e la pretesa risarcitoria del danno extracontrattuale)? La risposta, lo si intuisce, non può che essere positiva. In tutte le ipotesi che si sono richiamate (e che ben potrebbero moltiplicarsi al di là di quegli esempi) si assiste infatti a un'anomala «divisione» dell'azione giudiziale su iniziativa dell'attore, il quale, anziché far valere in un'unica volta la pretesa sostanziale della quale è titolare, decide di azionarla «per parti» in successivi giudizi. Si tratta cioè di vicende processuali in cui a una situazione giuridica unitaria (seppur divisibile) sul piano sostanziale fa fronte una pluralità di giudizi fra di loro distinti, attivati ciascuno da un'autonoma domanda e relativi a porzioni diverse dell'unica pretesa originariamente vantata. La situazione paradigmatica e statisticamente più frequente è naturalmente quella del credito azionato per *tranches*, ovvero il caso in cui un creditore, pur potendo agire da subito per l'intera prestazione (ad esempio perché il pagamento non è stato rateizzato), sceglie di chiedere dapprima la condanna del debitore ad una frazione del dovuto e di differire di conseguenza ad un momento successivo - e ad un diverso giudizio - l'iniziativa processuale per ottenere il residuo. Quello dei diritti di credito costituisce pertanto, come vedremo, l'ambito privilegiato in cui si è concentrata la riflessione sul punto di dottrina e giurisprudenza, la quale ha sostanzialmente identificato il problema della divisione della domanda giudiziale con quello della tutela per parti dei rapporti obbligatori¹. Nulla esclude tuttavia, come si desume esplicitamente dagli esempi iniziali, che lo stesso problema sia suscettibile di porsi, *mutatis mutandis*, anche in relazione a pretese giudiziali di diversa natura, e in particolare nel caso di più domande successive aventi ad oggetto una pretesa reale: sia essa la rivendica di un bene operata «per parti», l'azione confessoria con cui si mira ad affermare l'esistenza di una servitù su una porzione soltanto del fondo servente e successivamente su un'altra o qualsiasi ulteriore azione in rem articolata in più processi². Ciò che conta, in definitiva, è la logica di fondo a cui si ispira l'azione (identica nelle diverse situazioni sommariamente prospettate), la

¹ Non stupisce pertanto che tutte le vicende processuali nelle quali la giurisprudenza nostrana ha avuto l'occasione di pronunciarsi sul tema abbiano ad oggetto dei crediti pecuniari o da risarcimento del danno: per la dottrina e la giurisprudenza v. *infra* § 3. Sulla tendenziale concentrazione del dibattito in materia nello specifico contesto dei rapporti obbligatori v. anche T. DALLA MASSARA, *Eccezione di dolo generale, exceptio litis dividuae e domanda frazionata*, in L. GAROFALO (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, Padova, 2006, p. 253.

² Lo stesso potrebbe dirsi tuttavia, con i dovuti adattamenti, in tutte le ipotesi di parcellizzazione della domanda in giudizi distinti, purché abbiano per oggetto un rapporto giuridico astrattamente divisibile.

quale si concretizza nella «strategia processuale» posta in essere dall'attore nel proporsi di «segmentare» la sua pretesa sostanziale all'interno di iniziative processuali autonomamente intraprese, interrompendo con ciò la naturale corrispondenza fra diritto ed azione per attuare il primo in separati giudizi. E identici sono, non di meno, i problemi processuali a cui tale scelta può dar luogo, i quali suggeriscono una volta di più una trattazione unitaria. Il fenomeno fino ad ora empiricamente descritto non ha mancato di suscitare la puntuale attenzione di chi si occupa tecnicamente del processo civile, occasionando peraltro un acceso dibattito che ha coinvolto in varia misura tanto la dottrina quanto la giurisprudenza di merito e di legittimità. La prima ad occuparsene *ex professo* ed in maniera specifica è stata storicamente la dottrina tedesca, la quale, riferendosi ad esso con l'etichetta *Teilklage*³, ha affrontato il problema nel contesto di una più ampia riflessione circa i limiti oggettivi del giudicato sostanziale⁴. Per il tramite della scienza germanica, la questione è poi approdata anche in Italia⁵, ove ha suscitato in anni recenti un vivace interesse ed è stata identificata nell'agone scientifico con le locuzioni di «domanda parziale» o «domanda frazionata» (per quanto oggi se ne discuta, altrettanto comunemente e con lo stesso significato, anche in termini di «parcellizzazione della domanda giudiziale»)⁶.

Tale vorrebbe essere - quanto meno nelle intenzioni - l'oggetto specifico del presente capitolo, il quale si propone l'obiettivo di indagare, pur con le limitazioni inevitabilmente derivanti dalla sua brevità e dal suo inquadramento nella prospettiva generale

³ Ovvero, in alternativa e con significato equivalente, *Teilforderung* (lett. pretesa parziale); si consideri, a titolo d'esempio, F.G. ZITELMANN, *Rechtskraft bei Teilforderung*, in ZZZ, 8, 1885, pp. 254 ss.

⁴ Fra le principali opere della processualistica tedesca che, a partire dai primi anni del secolo scorso, si sono occupate della tematica in esame possono ricordarsi (in ordine cronologico): K. HELLWIG, *Anspruch und Klagerecht. Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozessrecht*, Leipzig, 1910, (in specie pp. 166 ss. e 445 ss.); ID., *System des deutschen Zivilprozessrecht*, Leipzig, 1910, pp. 491 ss.; F. LENT, *Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozess*, II, *Die prozessuale Bedeutung der bürgerlich-rechtlichen Gesetzeskonkurrenz*, Leipzig, 1916, pp. 38 ss. e 49 ss.; J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin, 1925; più diffusamente sul problema del frazionamento della domanda: G. DRAUB, *Die Teilklage*, Breslau, 1930; H. WENDT, *Die Teilklage*, Düsseldorf, 1937. Più recente ma con ampi echi del precedente dibattito W. HENKEL, *Parteilchheit und Streitgegenstand im Zivilprozess*, Heidelberg, 1961, pp. 60 ss. e 273 ss.

⁵ Un ruolo decisivo per l'estensione del dibattito alla dottrina italiana dev'essere riconosciuto al fortunato articolo di M. PAGENSTECHE, *Efficacia del giudicato contro il vincitore nel diritto processuale civile germanico*, in *Studi in onore di Giovanni Chiovenda*, Padova, 1927, pp. 627 ss. (ma in particolare pp. 644 ss.). Determinante per la definitiva affermazione del tema in relazione al giudicato E. ALLORIO, *Giudicato su domanda parziale*, in *Giur.it.*, 1957, I, 1, pp. 399 ss., intorno al quale (e alla pronuncia commentata) si è poi sviluppato un vivace dibattito nella dottrina successiva.

⁶ V. ad es. MARENGO, *Parcellizzazione della domanda e nullità dell'atto*, in *Giust. Civ.*, 2000, 2265 s.

sottesa alla ricerca, le possibili soluzioni alla problematica processuale della domanda frazionata nella specifica dimensione dell'esperienza storica del processo *per formulas*. Come emergerà delle prossime pagine, del resto, la consapevolezza giuridica in ordine alla questione del frazionamento della lite non rappresenta una conquista esclusiva della scienza moderna, costituendo al contrario una tematica ben nota e coscientemente affrontata anche nel quadro dell'esperienza romana, la quale sembra anzi aver elaborato in proposito, secondo quanto si osserverà, una soluzione autonoma ed assai raffinata, in grado non solo di individuare compiutamente il fenomeno nelle sue varie conformazioni, ma anche di affrontarlo in maniera efficiente e altrettanto differenziata. A fronte di una riflessione moderna che ancora fatica a individuare una risposta alle molte domande che discendono dalla questione del frazionamento della lite, l'insegnamento delle fonti può dunque rivelarsi realmente istruttivo e ricco di interesse. E ciò non solo allo scopo di liberare lo sguardo del giurista attuale dai troppi condizionamenti che hanno finora influenzato l'inquadramento dell'istituto⁷, ma anche nel tentativo (e con l'auspicio) di ricavare se possibile da quell'esperienza degli spunti proficui al fine di individuare delle soluzioni potenzialmente attuabili anche nel quadro degli ordinamenti vigenti. Con il che non si vuole naturalmente auspicare un generico (quanto antistorico) trapianto di soluzioni antiche nel sistema attuale, cui si oppongono ragioni di opportunità prima ancora della profonda differenza tra i due poli del confronto, ma più semplicemente stimolare l'interesse scientifico verso una prospettiva diversa, ma storicamente fondata, sul problema in oggetto. La legittimità di una simile operazione, del resto, appare suggerita dalla stessa continuità con la quale si pone - nell'esperienza antica e in quella moderna - il problema processuale della domanda frazionata, il quale sembra in effetti manifestarsi in termini analoghi e sostanzialmente immutati (ponendo i medesimi rischi e coinvolgendo gli stessi interessi) nonostante le profonde alterità che caratterizzano per altro verso le procedure moderne rispetto a quella caratteristica dell'esperienza formulare. Con la conseguenza che, pur non potendosi riprodurre nei sistemi attuali le medesime soluzioni concretamente adottate in quel modello processuale, se ne possono quanto

⁷ Realizzando con ciò quella “funzione liberatoria” che caratterizza il diritto romano nella sua attuale dimensione di studio storico dell'esperienza giuridica; si veda in proposito G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, 2010. Per una valorizzazione del ruolo dello storico come “coscienza critica” del giurista positivo v. anche P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2005, p. 3 (nonché *passim* nella trama dell'opera).

meno intuire la logica di fondo ed i principi ispiratori, individuando le meccaniche di fondo che hanno giustificato quegli istituti nel loro contesto originario e tentando di valutarle nel diverso contesto degli ordinamenti vigenti nella misura in cui rispondono ancora oggi ad esigenze attuali. Un'ottima testimonianza, sul piano processuale, delle «molte vite» con cui si manifesta l'essenza giuridica dell'esperienza romana, il cui spirito continua a vivere in forme diverse attraverso la possibilità di riproporre in chiave moderna logiche antiche. Quasi che quello spirito rimanesse vitale riemergendo incessantemente nelle pieghe della storia⁸. Che poi ciò non avvenga o avvenga per il tramite di istituti diversi è cosa differente e pressoché inevitabile, che nulla toglie all'utilità di ricercare nel processo formulare di epoca classica soluzioni alternative rispetto a quelle, per lo più insoddisfacenti, a cui è pervenuta la riflessione moderna. Quali siano queste soluzioni e in che misura possano considerarsi attuabili negli ordinamenti vigenti lo si vedrà più avanti in conclusione del capitolo, dopo aver descritto in sintesi gli (infelici) risultati del dibattito sul tema in dottrina e in giurisprudenza ed aver rappresentato - anche alla luce degli stessi - la differente prospettiva dell'esperienza formulare⁹. Quel che ora interessa è unicamente aver posto in evidenza come un'indagine storica di siffatte problematiche nella particolare prospettiva del diritto romano possa risultare - oltre che concettualmente ammissibile per la sostanziale continuità della questione giuridica che si intende affrontare - astrattamente utilizzabile anche nell'ottica del moderno dibattito sulla domanda frazionata, offrendo allo stesso un punto di vista ulteriore e giuridicamente originale sulle questioni affrontate e una visuale alternativa sui rimedi proposti quali possibili soluzioni.

Restano a questo punto da presentare - in rapidissima sintesi - i confini di questa parte dell'indagine e l'organizzazione del discorso in cui essa è strutturata. Sotto il primo profilo, ciò che preme evidenziare è la portata potenzialmente espansiva della tematica in esame, la quale, collocandosi in qualche modo «all'incrocio» fra il diritto sostanziale e il diritto processuale, richiama per sua natura molteplici questioni attinenti

⁸ Appare dunque quanto mai azzeccata la celebre metafora di J.W. GOETHE per cui il diritto romano - "istituzione intramontabile" - è "simile a un'anatra che si immerge nell'acqua, di tanto in tanto scompare, ma non va mai interamente perduta e prima o poi riemerge in tutta la sua vitalità". L'efficace immagine si può leggere anche in J.P. ECKERMANN, *Conversazioni con Goethe negli ultimi anni della sua vita*, traduzione italiana a cura di A. VIGLIANI, Torino, 2008, p. 265. Sul punto si rinvia inoltre R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Bologna, 1988.

⁹ Si veda. *infra* il § 4 del presente capitolo.

all'una e all'altra di queste distinte dimensioni dell'esperienza giuridica, quasi a denunciare «l'originaria consanguineità»¹⁰ al di là della separazione imposta dalle esigenze espositive. Al problema del frazionamento della domanda si ricollegano infatti, in un intreccio indissolubile, questioni ulteriori e altamente eterogenee: dagli elementi identificativi del diritto e della domanda al problema della disponibilità dell'oggetto del processo; dai limiti oggettivi della cosa giudicata ai principi ispiratori della condotta delle parti in sede giudiziale. Il rischio era quindi di dover convogliare in unica prospettiva lo studio di fenomeni e problematiche giuridiche eccessivamente variegati. Da ciò l'esigenza di identificare con maggior precisione i limiti e i confini della presente trattazione, con particolare riguardo a quei profili della questione che, per quanto connessi e potenzialmente rilevanti, le esigenze di tempo e le dimensioni dell'indagine hanno imposto di trascurare. Si è scelto pertanto di delimitare lo studio agli aspetti del problema più strettamente connessi alla domanda parziale quale fenomeno di rilievo essenzialmente processuale, escludendo per converso dal campo dell'indagine ogni ulteriore questione logicamente connessa al medesimo fenomeno ma non immediatamente funzionale alla sua comprensione nella dinamica del processo. Si tralasceranno così - in modo particolare - tanto i problemi dei limiti oggettivi del giudicato processuale, che sono del resto fra i temi più dibattuti nel quadro dello studio del processo civile¹¹, quanto la questione (in qualche modo preliminare rispetto agli stessi) delle modalità di individuazione della domanda giudiziale e per

¹⁰ Riprendo questa suggestiva metafora da A. RONCO, *Azione e Frazione: scindibilità in più processi del petitum di condanna fondato su un'unica causa petendi dal nucleo comune, ammissibilità delle domande successive alla prima e riflessi oggettivi della cosa giudicata*, in *Giur. it.*, 1998, p. 890.

¹¹ Per un'esauritiva introduzione alle coordinate del problema si veda C. CONSOLO, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1990, XLV, pp. 386 ss.; ID., *Note problematiche e no sui limiti oggettivi del giudicato civile*, in *Foro it.*, 1987, I, pp. 446 ss. Sulla controversialità del tema nella processualistica moderna v. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987; nonché A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, pp. 475 ss. (e specialmente pp. 496-497); C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 2008, p. 195, ove si evidenzia come il Legislatore italiano (a differenza di quello tedesco) abbia omissso di stabilire puntualmente l'ambito oggettivo di efficacia del giudicato, limitandosi a definire la qualità dei suoi effetti e la sfera soggettiva alla quale essi si estendono. Per la letteratura romanistica, può rinviarsi invece a G. PUGLIESE, *Cosa giudicata e sentenza ingiusta nel diritto romano*, in *Conferenze romanistiche*, Milano 1960, p. 225 ss.; ID., s.v. "*Giudicato civile (Storia)*", in *Enc. Dir.*, 18, 1969, p. 722 ss.; D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht*, Göttingen 1972; nonché - più di recente - M. MARRONE, *Dal divieto di agere acta all'auctoritas rei iudicatae. alle radici delle moderne teorie sul giudicato*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Gallo*, II, Napoli 1997 ss.

mezzo di essa dell'oggetto del processo¹², la cui indagine specifica avrebbe a sua volta richiesto un approfondimento eccessivo rispetto ai fini più modesti della presente ricerca. Dalla prospettiva selezionata esulano inoltre - ancora una volta per coerenza con le finalità dell'indagine - le ipotesi di frazionamento dell'oggetto della domanda derivanti da situazioni o circostanze diverse dalle scelte processuali effettuate dalle parti (quali talune ipotesi di suddivisione della pretesa coattivamente determinate da un'iniziativa del pretore¹³), le quali, pur essendo oggettivamente connesse alla tematica di fondo della domanda parziale, trascendono evidentemente - per le ragioni evidenziate nel capitolo introduttivo - dalla tematica di fondo individuata dalla ricerca. Oggetto dell'indagine saranno pertanto unicamente le situazioni di alterazione dell'unità dell'iniziativa processuale specificamente riconducibili ad una scelta dell'attore, rispetto alle quali soltanto si manifesta del resto una potenziale deviazione della vicenda processuale rispetto alle finalità alla stessa normalmente sottese. Da ultimo, si è ritenuto di escludere dall'angolo visuale della presente ricerca una specifica ricostruzione delle vicende giuridiche (processuali e sostanziali) che possono variamente condurre - nel processo *per formulas* come in quelli moderni - al determinarsi del fenomeno del frazionamento della lite come sopra descritto, vale a dire delle ragioni alla base del manifestarsi concreto della relativa situazione e delle modalità tecniche con cui la stessa può prodursi all'interno del giudizio. La domanda parziale, in altri termini, verrà qui considerata unicamente nell'ottica - di natura funzionale - dei risultati concreti a cui essa conduce sul piano del processo, a prescindere dalle diverse circostanze da cui essa può discendere o dai meccanismi giuridici

¹² È del resto evidente che, riguardando in ultima analisi la suddivisione in posizioni distinte di una pretesa giuridica sostanzialmente unitaria, il problema del frazionamento della domanda giudiziale presuppone innanzitutto la corretta identificazione dell'unità della pretesa della quale si tratta e i suoi possibili rapporti con le diverse «parti» in cui essa può suddividersi, la quale presupporrebbe tuttavia un ben più ampio approfondimento del problema dei criteri in base ai quali la pretesa azionata può individuarsi come porzione a se stante di un rapporto giuridico di portata più ampia. Sul problema del rapporto fra *pars* e *totum* per come appare ricostruibile sulla scorta delle fonti si veda in particolare T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale nel processo civile romano*, cit., pp. 37 ss. e p. 130, il quale sembra peraltro concludere nel senso che la percezione di tale problematica nell'esperienza processuale classica dovesse essere in larga parte condizionata dall'impostazione processualistica caratteristica dell'approccio dei *prudentes*, per cui una fattispecie concreta sarebbe stata di regola avvertita come rilevante (e quindi bisognosa di essere attuazione unitaria) «soltanto nella misura in cui integri il fondamento di un'azione (tipica)» fra quelle tassativamente riconosciute dall'ordinamento processuale.

¹³ Per alcuni accenni a siffatta eventualità e alle indicazioni al riguardo ricavabili dalle fonti (nonché per il coordinamento fra tale tematica e l'esame dei rimedi formulari al frazionamento della lite) può rinviarsi in particolare a T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale nel processo civile romano*, cit., specialmente pp. 98 ss., oltre che all'ulteriore letteratura in quella sede richiamata.

concretamente responsabili del suo manifestarsi, rilevando soltanto che (per una ragione o per l'altra) possa essere devoluta nel contesto processuale una pretesa oggettivamente limitata rispetto a quella astrattamente azionabile nel rapporto tra le parti. Una puntuale ricostruzione di siffatte circostanze avrebbe infatti comportato non soltanto un sacrificio dell'unitarietà della ricerca per l'esigenza di tener conto della notevole varietà di fattispecie concrete che possono condurre in astratto al frazionamento della lite¹⁴, ma anche (e al tempo stesso) una eccessiva espansione del campo dell'indagine rispetto ai fini specifici dalla stessa perseguiti, obbligando in buona sostanza a esaminare anche i profili di tecnica processuale connessi alla concreta definizione dell'oggetto della lite e dunque ad affrontare le complesse problematiche direttamente o indirettamente collegate alle modalità di esercizio della domanda giudiziale nel processo *per formulas* ed al ruolo delle parti nella compiuta definizione dell'oggetto della lite¹⁵. Ration per cui si è appunto ritenuto preferibile circoscrivere la ricerca agli effetti processuali del frazionamento della domanda - considerato unitariamente quale possibile conseguenza delle suddette vicende - e concentrarsi piuttosto sugli strumenti offerti dall'ordinamento processuale al fine di regolamentare i suoi possibili effetti sull'ordinario andamento della vicenda del giudizio.

¹⁴ Dall'attivazione parziale di un credito pecuniario, alla rivendica separata della medesima cosa in base a più titoli di acquisto tra di loro autonomi, fino al caso dell'esercizio frazionato del credito vantato nelle obbligazioni di genere. Per una rassegna delle possibili vicende che possono determinare il fenomeno e una classificazione delle stesse a seconda della tipologia della pretesa azionata e delle conseguenti differenze nel rapporto tra diritto ed azione si vedano ad es. C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, cit., pp. 243 ss., e S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 276-277.

¹⁵ Il che avrebbe imposto non solo di ricostruire con un certo approfondimento la funzione della *formula* rispetto alla determinazione oggettiva della materia del contendere, ma anche di prendere posizione in merito alla questione estremamente dibattuta nella romanistica contemporanea dei rapporti tra il potere di azione riconosciuto alla parte e la dimensione sostanziale della pretesa azionata. Spunti in tal senso in G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939; A. GUARINO, *Il diritto e l'azione nell'esperienza romana*, in Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz, I, Napoli, 1953, pp. 389-406, nonché - più di recente - G. PROVERA, *Diritto ed azione nell'esperienza giuridica romana*, in Studi in onore di Arnaldo Biscardi, IV, Milano, 1983, p. 325 ss. Si consideri inoltre che un'analisi dettagliata delle situazioni all'origine del fenomeno processuale della domanda frazionata avrebbe costretto ad affrontare - se non altro incidentalmente - anche la complessa tematica del ruolo della *praescriptio* e della sua correlazione con l'*intentio* ai fini della compiuta determinazione dell'oggetto della domanda, rispetto alla quale difetta tutt'oggi nella dottrina romanistica unità di vedute. Per diverse ricostruzioni al proposito si veda - da ultimo - L. PELLECCHI, *La praescriptio*, in *Processo, diritto sostanziale e modelli espositivi*, Padova, 2003, *passim*. In generale sul ruolo della *praescriptio* (*pro actore*) nella definizione dell'oggetto del processo G. SACCONI, *La pluris petitio nel processo formulare: Contributo allo studio dell'oggetto del processo*, Milano, 1977.

Liberato così il campo dai profili e dalle questioni volutamente pretermesse, non resta che dedicare qualche breve considerazione alla struttura del capitolo. Dopo una rapida descrizione delle caratteristiche generali del frazionamento della domanda e dei suoi possibili effetti all'interno del processo (§ 2) si passerà ad esaminare - quanto meno per accenni - l'evoluzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale che si è alimentato sul punto fin dal secolo scorso (§ 3), valutando in particolare l'effettiva idoneità delle soluzioni prospettate a disciplinare il problema che si collega al fenomeno. Il passo successivo - e al tempo stesso il nucleo centrale del presente capitolo - sarà dunque costituito dall'indagine del peculiare regime della domanda frazionata nel processo *per formulas* dell'epoca classica (§ 4), ossia l'esame in prospettiva storica della soluzione offerta, a questo riguardo, dal diritto romano, ponendo in luce in modo particolare i suoi manifesti tratti di originalità ed eclettismo rispetto soluzioni individuate nei moderni ordinamenti processuali. Un esame che non potrà ovviamente prescindere da un'adeguata valutazione delle isolate ma significative testimonianze restituiteci dalle fonti, le quali - pur non consentendo ovviamente di ricostruire con la massima precisione ogni aspetto del trattamento del fenomeno in quel sistema processuale - permetteranno quanto meno di individuarne le principali implicazioni nella dinamica del giudizio e quindi di valutare con maggiore consapevolezza la portata dei rimedi in quella sede predisposti al fine di prevenirne o di reprimerne gli effetti. Il tutto con il consueto obiettivo, in cui consiste come si è visto la direttrice di fondo dell'intero lavoro, di portare alla luce i differenti strumenti predisposti in quel sistema allo scopo di assicurare il regolare ed efficiente svolgimento del processo anche a fronte delle eventuali condotte con questo incompatibili provenienti dalle parti (tra le quali può senz'altro ricondursi - in quanto foriera di una moltiplicazione dei giudizi - anche la scelta dell'attore di frazionare la domanda giudiziale in più azioni distinte). Sulla base dei risultati ottenuti da questa indagine storica si passerà quindi a vagliare brevemente - e con la massima cautela - le sue possibili ricadute sul diritto vigente, ossia la trasferibilità delle logiche e dei principi che si pongono alla radice della soluzione romana rispetto alle possibili manifestazioni del medesimo fenomeno negli ordinamenti attuali (§ 5). Così da evidenziare - se e per quanto possibile - in che misura il modello adottato nella specifica dimensione del processo formulare sia in grado di offrire un punto di vista alternativo (ma proprio per questo efficace) sul feno-

meno in esame, e di fornire di conseguenza dei possibili spunti in ordine alla disciplina del medesimo problema nel diverso contesto degli ordinamenti contemporanei.

2. Le caratteristiche del fenomeno: vantaggi e svantaggi della domanda parziale

Il fenomeno della domanda frazionata - lo si è già detto - consiste essenzialmente in una artificiosa «restrizione» dell'oggetto della lite rispetto a quella che appare la sua «naturale» estensione¹⁶, rappresentando in questo senso l'effetto processuale di una domanda congegnata da chi agisce nel giudizio in modo tale da far valere una porzione soltanto della pretesa giuridica astrattamente azionabile (una parte del credito, una singola voce del danneggiamento subito, la pretesa restitutoria di una porzione soltanto della cosa rivendicata, e così via...). La questione di fondo che appare sottesa a questa peculiare tipologia di iniziative processuali, di conseguenza, è una soltanto ed è sempre la stessa: è consentito all'attore delimitare come ritiene l'oggetto della lite a prescindere dall'effettiva portata di quest'ultimo sotto il profilo sostanziale? Ovvero, il che è lo stesso: nel potere dispositivo di chi propone l'azione rientra anche la facoltà di circoscrivere l'ampiezza del giudizio scomponendo la situazione soggettiva di cui è titolare in una pluralità di manifestazioni processuali?¹⁷ Diverse risultano invece, come si è già anticipato, le forme (e quindi le modalità) con le quali il fenomeno in questo senso descritto può concretamente manifestarsi nel contesto del processo, posto che le quali potranno assumere connotazioni parzialmente differenti non solo in ragione della diversa tipologia di pretesa sostanziale di

¹⁶ Di oggetto "naturale" del giudizio ragiona soprattutto C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, *Dei limiti oggettivi del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, pp. 215 e 244 ss., ove si tratta della domanda frazionata come di una domanda incompleta "rispetto alla consistenza sostanziale piena della prestazione risultante da una pluralità di componenti civilisticamente rilevanti in modo autonomo" e ci si interroga pertanto sulla azionabilità in giudizio di "un quid minore rispetto alla res che, in difetto di volontà contraria delle parti, *neutraliter* diviene integralmente e subito litigiosa". Ivi numerosi richiami anche all'opera di G. VERDE, *Sulla "minima unità strutturale" azionabile nel processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 573 ss.

¹⁷ Sul rapporto tra il problema e il principio dispositivo caratteristico del processo è chiarissimo MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 280, che parla in proposito di frammentazione del diritto sostanziale "in una pluralità di microcosmi processuali autonomi", salvo poi negare radicalmente l'ammissibilità di tale scelta processuale; Sul collegamento col principio dispositivo, ma in senso favorevole all'ammissibilità della domanda parziale, si vedano A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979, p. 295 ss. e - per quanto concerne la dottrina tedesca - F.G. ZITELMANN, *Rechtskraft bei Teilforderung*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 8 (1885), p. 254 ss.

volta in volta azionata (sia essa un diritto reale, un diritto di credito, una potestà, e via dicendo...), ma anche a seconda degli specifici contenuti delle medesime pretese che formino l'oggetto - meramente parziale - dell'iniziativa processuale (i quali potranno quindi consistere - di volta in volta - in una porzione preventivamente definita del valore del credito complessivamente vantato, nella specificazione di una parte soltanto delle cose dovute a titolo di prestazione nel caso particolare delle obbligazioni di genere, ma anche, nelle ipotesi più complesse e giuridicamente articolate, nella attivazione di una pretesa contestualmente esercitabile sulla base di titoli tra di loro distinti, come nel caso dell'acquisto del diritto di proprietà o di altri diritti a contenuto assoluto, con espresso riferimento ad una soltanto delle *causae petendi* in questo modo astrattamente ammissibili, onde conservare le altre per separati giudizi¹⁸).

A prescindere dalla peculiarità delle diverse situazioni - ad ogni modo - la problematica che si determina per effetto del frazionamento della domanda giudiziale è quella di un confronto «parzialmente alterato» fra due entità strettamente connesse: da un lato la pretesa materiale fatta valere dall'attore (che appare di per sé sostanzialmente unitaria); dall'altro, la sua rappresentazione formale all'interno del processo (che ne individua per converso una parte più circoscritta onde azionare la rimanente in un successivo giudizio, operando per conseguenza un frazionamento della lite)¹⁹. All'origine della questione - in altri termini - vi è la mancata corrispondenza tra la situazione concretamente azionata all'interno del processo e quella astrattamente vantata

¹⁸ È quanto avviene, in modo particolare, nel caso paradigmatico di quelle che la processualistica moderna definisce comunemente con l'efficace locuzione «domande autodeterminate», ad indicare appunto come il loro contenuto sia definito unicamente in funzione del *petitum* e quindi a prescindere dalle diverse *causae petendi* potenzialmente collocate alla base dell'iniziativa processuale. Dal che discende, come appena evidenziato, la circostanza che nelle medesime ipotesi la puntuale indicazione del fatto costitutivo assunto quale titolo della pretesa azionata equivalga necessariamente a una consapevole limitazione dell'oggetto del processo rispetto al diritto vantato (cd. azioni *ex causa espressa*). Sul punto si veda ad es. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale*, I, Torino, 2009, p. 178-179; nonché C. CONSOLO, s.v. «Domanda giudiziale», in in *Dig. disc. priv.*, VII, Torino, 1991, p. 72 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e i suoi limiti oggettivi*, in *Riv.dir.proc.*, 45 (1990), p. 392. La locuzione è tratta in particolare da D. 44.2.14.2: *Actiones in personas ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur nec ulla earum alterius petitione vitiatur: at cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur. Neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest*. Al riguardo D. LIEBS, *Die Herkunft der Regel bis de eadem res ne sit actio*, in *ZSS*, 48 (1967), p. 108; G. PUGLIESE, s.v. «Giudicato civile (storia)», in *Enc. Dir.*, 18, p. 738 ss.

¹⁹ L'immagine emblematica del confronto fra due oggetti è riproposta in T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale nel processo civile romano*, cit., p. 3, nonché (sia pure dall'opposto punto di vista della *pluris petitio*: la condotta dell'attore che chiede di più di quanto effettivamente gli spetti) in G. PROVERA, *La pluris petitio nel processo romano, I, La procedura formulare*, Torino, 1958, p. 28.

dal medesimo attore sul versante sostanziale, la quale appare sacrificata nella sua materiale unitarietà da un'iniziativa giudiziaria che la segmenta consapevolmente in più domande susseguenti. L'interrogativo sulla liceità o meno della domanda frazionata scaturisce pertanto da una condizione essenziale: l'esistenza, nelle mani dell'attore, di una pretesa nascente da un'unica fattispecie concreta (il cui accertamento viene tuttavia parcellizzato in giudizi distinti). Se si potesse pacificamente concludere che ad essere azionate sono domande diverse (per *petitum* o *causa petendi*), infatti, il problema non si porrebbe nemmeno e l'ammissibilità di un secondo giudizio sulla «medesima» *res* sarebbe senz'altro fuori discussione per la palmare diversità nell'oggetto del processo²⁰. Quando invece si è di fronte (quanto meno in ipotesi) ad un'unica pretesa astrattamente qualificabile in termini unitari, il medesimo problema si pone a ben vedere in maniera differente, trattandosi di stabilire - di volta in volta - se sia o meno legittimo circoscrivere volontariamente la portata oggettiva del giudizio su di essa instaurato a una frazione soltanto della sua potenziale estensione, specie laddove tale scelta si ricollegi fin dal principio alla volontà di azionare successivamente la porzione rimanente in un autonomo processo. Ration per cui non si faticano a intravedere le motivazioni concettuali in base alle quali, secondo quanto emergerà in rapidissima sintesi dal prossimo paragrafo, la dottrina e la giurisprudenza contemporanee abbiano per lo più affrontato il problema teorico della domanda parziale e dei suoi risvolti processuali nella specifica prospettiva dei limiti oggettivi della cosa giudicata, interrogandosi sul rapporto sostanziale fra le singole porzioni della pretesa azionata e la conseguente estensione dell'oggetto del processo e della *res in iudicium deducta*, suscettibile come tale di dare luogo al vincolo del giudicato sostanziale²¹.

Chiarite per sommi capi le caratteristiche del fenomeno, rimangono da indagare le possibili motivazioni alla radice dello stesso. Perché - in altri termini - un risultato astrattamente conseguibile in un unico giudizio dovrebbe essere perseguito, per scel-

²⁰ La circostanza è evidenziata, fra i sostenitori della possibilità di frazionare, da E. ALLORIO, *Giudicato su domanda parziale*, in *Giur. it.*, 1957, I, 1, p. 399 ss., ove si considera in particolare l'ipotesi di due domande successive per la condanna del convenuto al pagamento del debito e per il risarcimento del maggior danno di cui all'art. 1224 c.c., rilevando che il "divario tra i fatti giuridici costitutivi delle singole pretese successivamente dedotte" è sufficiente ad escludere qualsiasi preclusione del secondo giudizio; in senso analogo (ancorché nell'ottica di una tendenziale inammissibilità del frazionamento della lite) si veda anche R. MARENGO, *Parcellizzazione della domanda e nullità dell'atto - Nota a margine di Cass. SS.UU., n. 108/2000*, in *Giust. Civ.*, 2000, pp. 2265 ss.

²¹ Per la riconduzione del problema all'inesausto dibattito sull'estensione del giudicato v. *infra* § 3.

ta, in una pluralità di processi? Quali sono gli interessi che stanno alla base di una simile strategia di parte sul piano processuale? Le ragioni che possono indurre l'attore a frazionare la lite, a ben vedere, sono molteplici²². Può esservi anzitutto un interesse dell'attore a semplificare l'andamento della vicenda processuale, facendo valere in un primo momento soltanto le porzioni di pretesa più facilmente accertabili o che suscitano minore resistenza da parte del convenuto. Si pensi al caso del creditore che, di fronte all'inadempimento dell'obbligo della sua controparte, faccia valere nel processo unicamente la porzione del credito vantato che appaia immediatamente solubile da parte dell'avversario, rinviando invece ad un secondo momento la pretesa per il residuo nella speranza di un sopravvenuto miglioramento delle disponibilità economiche del medesimo soggetto. Nella dottrina contemporanea si fa inoltre l'ipotesi - facilmente estensibile anche al sistema formulare - dell'attore che limiti consapevolmente la portata dell'azione ad una parte del suo diritto con l'intento di «sondare» le probabilità di successo della propria iniziativa dinanzi ad un certo magistrato, promuovendo per così dire una «causa pilota» rispetto a successive ed eventuali iniziative e riducendo di conseguenza i rischi di un eventuale rigetto²³; ciò eventualmente anche allo scopo di guadagnare più tempo per predisporre al meglio la proprie difese o di esercitare pressioni sul proprio debitore affinché adempia spontaneamente alla prestazione residua dietro la minaccia di una nuova chiamata²⁴. Difficilmente immaginabile per il processo formulare appare invece l'ipotesi, frequentemente tratteggiata dalla letteratura contemporanea, in cui il frazionamento della domanda sia effettuato dall'attore al fine di radicare la competenza del relativo giudizio dinanzi a un giudice inferiore (avvantaggiandosi di conseguenza del più agevole regime proces-

²² Una rassegna sintetica delle ragioni astrattamente suscettibili di giustificare il fenomeno è fornita - tra gli altri - da A. RONCO, *Azione e frazione: scindibilità in più processi del petitum di condanna fondato su unica causa petendi o su causae petendi dal nucleo comune, ammissibilità delle domande successive alla prima e riflessi oggettivi della cosa giudicata*, in *Giur. it.*, 1998, p. 890. Circostanziate considerazioni al proposito anche in T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale*, cit., pp. 13-14 (con particolare riferimento all'utilità derivante dalla riduzione dei rischi collegati al processo).

²³ Questa strategia di riduzione dell'alea del giudizio è colta da D. DAUBE, *'Exceptio litis dividuae' in D. 12.1.13.1*, in *RIDA*, III, 6, 1959, p. 313: "The usual reason for splitting an action would be not to risk the whole before the same iudex"; Analogamente T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale*, cit., p. 13; ID., *Frazionabilità della domanda principio di buona fede*, in "Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica e storica contemporanea" - *Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2001, p. 430, laddove si parla espressamente di tale condotta come di un "escamotage processuale" posto in essere dall'attore.

²⁴ L'attore, al limite, potrebbe mirare a una condanna talmente esigua per valore da privare il convenuto dell'interesse a difendersi (o a impugnare la sentenza pronunciata dal giudice).

suale dinanzi a questi previsto)²⁵, posto che nella dimensione originaria della procedura *per formulas* quello connesso al valore della lite devoluta nel giudizio non costituiva ancora un significativo criterio di riparto della competenza giurisdizionale tra i diversi magistrati astrattamente incaricati di conoscere delle controversie tra privati²⁶. Senz'altro immaginabile anche nel contesto dell'esperienza formulare appare invece l'ipotesi, altrettanto frequentemente richiamata dalla dottrina contemporanea²⁷, in cui la scelta dell'attore di segmentare la lite (piuttosto che promuoverla sin dal principio in una forma unitaria) dipenda unicamente - anziché dal desiderio di perseguire in tal modo un'utilità obiettiva - da una specifica finalità di natura vessatoria nei confronti dell'avversario, vale a dire da un atteggiamento soggettivo di carattere doloso finalizzato ad assoggettare quest'ultimo - per pura velleità di emulazione nei suoi confronti - all'inconveniente di sopportare una pluralità di giudizi sul medesimo oggetto. Ciò che equivale - dal punto di vista dell'etica dei rapporti processuali - a un'evidente manifestazione di scorrettezza e malafede della parte che agisce, la quale si esprime per l'appunto nella cosciente organizzazione dei mezzi processuali a sua disposizione (e dunque, *in primis*, del diritto di azione) all'unico scopo di arrecare un nocumento. Anche al di fuori dei casi - appena menzionati - in cui il frazionamento della lite rappresenti il risultato di una specifica intenzione maliziosa della parte che agisce, ad ogni modo, non vi è dubbio che le condotte processuali in cui essa si sostanzia presuppongano in ogni caso (come correttamente si è fatto osservare nella letteratura sul

²⁵ L'ipotesi che tipicamente si prospetta a tal riguardo nell'ordinamento processuale italiano è quella in cui il frazionamento volontario della domanda giudiziale è promosso dall'attore o dal suo difensore con l'intento specifico di accedere al procedimento previsto dinanzi al Giudice di pace, caratterizzato - rispetto a quello innanzi al Tribunale - da tempi più brevi e minori formalità (facoltà di stare in giudizio personalmente, diverso regime delle preclusioni e non da ultimo minori oneri fiscali). Sulla riconducibilità del fenomeno alle pratiche di strumentalizzazione della competenza giudiziale (*forum shopping*) V. ANSANELLI, *Rilievi minimi in tema di abuso del processo*, in *Nuov.giur.com.*, 2001, p. 502 s.

²⁶ È noto infatti come in età formulare, accanto all'eventuale attribuzione di competenza per territorio in capo ai magistrati provinciali, le attribuzioni generali del pretore rispetto alle liti tra privati conoscessero unicamente i limiti materiali dell'attribuzione di determinate tipologie di controversie alla cognizione degli edili (cause mercantili e di ordine pubblico) o a quella più specifica del tribunale dei centumviri (liti ereditarie e giudizi divisorii), mentre un criterio di ripartizione delle liti sulla base del valore si sarebbe affacciato - peraltro entro confini relativamente ristretti - soltanto in epoca postclassica. Più in generale sul riparto di competenza tra i differenti magistrati muniti di *iurisdictio* in età formulare v. M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, p. 172 ss.

²⁷ In questa prospettiva, si vedano ad es. M. DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 342 ss. e ID., *Doveri di buona fede ed abuso degli strumenti processuali*, in *Il Giusto processo civile*, 2009, p. 1017 ss.; B. VERONESE, *Domanda frazionata: rigetto per contrarietà ai principi di buona fede e correttezza*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, p. 810 ss.; nonché - da ultimo - O. FITTIPALDI, *Clausola generale di buona fede e Infrazionabilità della pretesa creditizia rimasta inadempita*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 541 ss.

punto²⁸) una relativa decisione soggettivamente consapevole ad opera dell'attore che agisca *pro parte*, posto che la semplice circostanza obiettiva dell'attivazione parziale della fattispecie azionabile (dovuta per esempio a una mera determinazione incompleta della portata della lite) non appare sufficiente a integrare il fenomeno della parziarietà della domanda, risolvendosi piuttosto - tanto in diritto romano quanto negli ordinamenti moderni - nella diversa e più indiretta questione dell'errore nella formulazione della domanda (la cui intersezione col problema di fondo dell'influenza della condotta delle parti sull'efficienza del processo è ovviamente assai più blanda).

Alle evidenziate e mutevoli ragioni che possono sospingere l'attore a promuovere l'azione in una pluralità di giudizi corrispondono naturalmente - dal punto di vista dell'avversario - altrettanti manifesti e correlativi svantaggi, i quali appaiono a propria volta (e per le stesse ragioni) notevolmente eterogenei. Vi è anzitutto l'evidente sacrificio dell'interesse del *vocatus* a un'immediata ed unitaria definizione giudiziale della propria posizione, a cui si contrappone - in caso di proposizione di domande distinte sul medesimo oggetto - un artificioso «stillicidio» di iniziative processuali che rimettono in discussione in separate occasioni un'unica situazione sostanzialmente unitaria; con il rischio consequenziale che in uno o più dei giudizi promossi la sostanza giuridica del rapporto azionato venga valutata diversamente (e in modo meno favorevole) rispetto a quelle precedenti²⁹. Al che deve aggiungersi l'evidente sbilanciamento nella parità delle armi che inevitabilmente discende - nelle medesime ipotesi - dal riconoscimento unilaterale in capo all'attore della facoltà di determinare in maniera potestativa l'oggetto del giudizio, laddove il convenuto è di fatto costretto a

²⁸ In questo senso, si veda in particolare T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale*, cit., p. 13, per il quale dal campo d'indagine sulla domanda frazionata resterebbero comunque (e in ogni caso) "escluse le ipotesi riconducibili all'ignoranza, anche provocata, della reale situazione, giuridica o di fatto". In senso contrario sembra esprimersi - seppur incidentalmente - E. CANTARELLA, *Il "minus petere" e le sue conseguenze nel processo formulare*, in *SDHI*, 35 (1969), p. 101, la quale mostra anzi di ritenere che, alla luce della connessione del fenomeno con la redazione della formula, vi sia ragione di credere "che con ogni probabilità il *minus intendere* [vale a dire - appunto - la proposizione di una domanda parziale] venne in considerazione, in un primo momento, come errore nella redazione della *intentio*".

²⁹ Efficace l'immagine di A. SCIALOJA, *Sulla scindibilità del giudizio di liquidazione del danno*, in *Foro it.*, 1957, 1, p. 93, che pur muovendo da una posizione tendenzialmente favorevole alla scindibilità della lite (e quindi alla legittimità della domanda frazionata), ne riconosce gli inconvenienti ammettendo che dal punto di vista del convenuto "le varie liti frazionate possono avere l'effetto di tanti colpi di spillo, più fastidiosi e, forse più dannosi di un colpo concentrato". In questo senso si veda anche S. GEORGIADIS, *Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht*, München, 1967, p. 270.

spendere integralmente e fin dal principio le proprie difese³⁰. Per altro verso, la scelta del vocante di frazionare la lite su più giudizi distinti e tra loro consecutivi contrasta apertamente, per ragioni intimamente connesse a quelle appena menzionate in relazione al convenuto, con la fondamentale esigenza di certezza del diritto che il procedimento giudiziario risulti in grado di accertare - una volta per tutte ed in modo risolutivo - il merito dei rapporti che ne formano l'oggetto, concentrando e definendo con efficacia incontrovertibile tutte le questioni che appaiano agli stessi obiettivamente riconducibili ed evitando così la potenziale formazione di accertamenti discordanti su una fattispecie materiale che si presenta omogeneo³¹. Da ultimo (ma non certo per importanza) vi è poi il generale interesse, che si è visto sotteso alla dimensione fisiologica di ogni sistema processuale³², di assicurare attivamente - per quanto possibile - l'«economia dei giudizi», vale a dire di contenere il dispiego concreto di attività processuale a quella che possa dirsi effettivamente indispensabile al perseguimento dei suoi scopi, i quali rimarrebbero per converso evidentemente frustrati laddove all'attore fosse liberamente consentito di moltiplicare i giudizi - contestuali o in sequenza - in relazione a fattispecie altrimenti suscettibili di definizione unitaria. Ciò che impone di predisporre - anche in quest'ottica - degli strumenti adeguati a evitare o contenere il frazionamento della domanda quale fenomeno distorsivo della efficienza dei processi, anche a costo di sacrificare per certi aspetti la disponibilità del giudizio (e della relativa iniziativa) in favore del soggetto alla stessa interessato³³. Quello relativo alla domanda frazionata, in definitiva, è un problema giuridico dogmaticamente complesso e funzionalmente articolato, che coinvolge una serie di interessi tra di loro formalmente contrapposti (da quello del vocante a disporre liberamente della propria pretesa, a quello del *vocatus* a non vedersi vessato da molteplici

³⁰ Sul punto insiste in particolare S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 282, ove si evidenzia che a tale facoltà riconosciuta all'attore dovrebbe corrispondere il potere del convenuto "di limitare la propria difesa a talune eccezioni, tenendo in serbo le altre per un giudizio diverso".

³¹ A questa stessa funzione primaria assolvono del resto diversi istituti del diritto processuale, fra cui la litispendenza e la continenza fra cause: sul punto V. COLESANTI, s.v. "*Litispendenza*", in *NNDI*, IX, Torino, 1963, p. 976 ss.; E. RICCI, s.v. "*Litispendenza*", in *Dig. delle Disc. Priv.*, XI, Torino, 1994, pp. 64 ss. Ragioni analoghe di concentrazione del giudizio sono poi collegate alle norme sulla connessione: sulle caratteristiche e la funzione dell'istituto si veda - in generale - G. GIONFRIDA, *Appunti sulla connessione e continenza di cause*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, p. 130 ss.

³² *Supra*, Introduzione.

³³ In senso critico, E. RAVAGNANI, *Identificazione dell'azione, interesse ad agire e giudicato*, in *Giur. it.* 1986, I, p. 383, il quale contesta una soluzione di questo tipo in quanto si risolverebbe in una considerazione delle sentenze "sempre più come atti autoritativi e sempre meno come atti di giustizia [...]".

giudizi, fino a quello - in senso lato pubblicistico - di ridurre i processi) e che pone interrogativi del più ampio respiro su questioni fondamentali della giustizia civile. Esso va pertanto indagato - nei suoi molteplici risvolti - avendo costantemente riguardo a siffatta complessità, valutando con cura se e in che misura le soluzioni proposte onde affrontare il problema possano incidere in concreto sul delicato equilibrio degli interessi coinvolti; a prescindere che si tratti dei rimedi a tal riguardo individuati nel dibattito attuale (a cui sarà dedicato in sintesi il seguente paragrafo), ovvero di quelli individuabili - in prospettiva storica - attraverso lo studio del medesimo fenomeno nell'esperienza romana (il quale costituirà invece il contenuto specifico dei paragrafi successivi e l'obiettivo fondamentale del presente capitolo).

3. *Le aporie del moderno dibattito sul frazionamento della lite*

Come si è già anticipato nel paragrafo introduttivo, la moderna riflessione in merito alla prassi della domanda frazionata ha dato vita nel tempo - in dottrina e in giurisprudenza - ad un vivace confronto tra posizioni contrastanti³⁴, la cui matrice dogmatica e la cui forza espansiva devono ricondursi in primo luogo alla varietà di questioni sollevate dal problema e al manifesto conflitto che lo stesso determina (nel senso appena descritto) tra alcuni dei principi collocati alla base del sistema processuale (primi fra tutti - e in contrapposizione tra loro - il principio dispositivo dell'oggetto della lite e quello della tutela dell'economia dei giudizi)³⁵. Nel caso specifico dell'ordinamento italiano, nell'ambito del quale il dibattito sul punto si è ampiamente ispirato alla precedente riflessione della dottrina tedesca³⁶, la tematica della ammissibilità della domanda per frazioni è rimasta a lungo strettamente correlata alla questione dei limiti del giudicato civile, con la quale ha mantenuto in effetti una sorta di

³⁴ C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, cit., p. 243, che parla in proposito di un "inesausto problema dell'ammissibilità della cd. Teilklage". Analoghe considerazioni circa lo stato della riflessione giuridica nella materia in esame in V. ANSANELLI, cit., p. 506 ss.

³⁵ In tal senso, A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile*, cit., p. 398: "il problema è delicatissimo in quanto, oltre coinvolgere problemi di stretto diritto sostanziale, chiama poi in gioco giudizi di valore in tema di rapporto tra principio dispositivo e predeterminazione dell'estensione dell'oggetto del processo (e del conseguente giudicato) alla stregua del diritto soggettivo sostanziale".

³⁶ Si veda, per tutti, R. KUHN, *Die Teilklage und Restklage*, Giessen-Leipzig, 1933, pp. 3-4. Per l'impostazione tradizionale della dottrina e della giurisprudenza germaniche si veda anche M. PAGENSTECHE, *Efficacia del giudicato contro il vincitore nel diritto processuale civile germanico*, cit., *passim*.

«vincolo» di necessaria dipendenza che è stato in parte superato soltanto in tempi più recenti³⁷. Il primo ad occuparsi in quest'ottica della questione di fondo della frazionabilità della lite fu Enrico Allorio³⁸, che in una nota alla prima pronuncia resa sul punto della Corte di Cassazione³⁹, riprendeva e sviluppava le tesi già affacciate nella letteratura germanica. Riconosciuto il silenzio sul punto della processualistica nostrana, l'autore osservava in particolare che “nel nostro ordinamento processuale non esiste una norma che vieti il frazionamento del *petitum*”⁴⁰ e che non vi è pertanto “alcun ostacolo di ordine normativo ad ammettere” che si possa agire una prima volta per una parte della pretesa vantata e successivamente per l'ottenimento del residuo⁴¹; individuando a sostegno di questa tesi - oltre a specifiche ragioni di ordine normativo (quale la risarcibilità del maggior danno *ex art. 1224 c.c.*) - una più ampia motivazione di carattere sistematico: la natura sostanzialmente «atipica» del nostro sistema processuale, il quale, a differenza di quello romano, non contemplerebbe “la mitica unicità dell'azione né la sua consunzione”⁴², ma guarderebbe soltanto al rapporto sostanziale come individuato dalle parti, in ossequio a quel principio dispositivo dell'oggetto della lite che dovrebbe informare l'intera disciplina del processo civile⁴³. Nei medesimi anni, veniva tuttavia affermandosi nella riflessione scientifica anche un'opinione radicalmente differente, tendente a negare l'ammissibilità giuridica della domanda frazionata con l'intento di tutelare l'economia processuale e il collegato interesse alla concentrazione dei giudizi. A livello teorico, siffatte posizioni discendevano dalla tendenza di una parte della dottrina nel senso di ripensare - in chiave estensiva - la tradizionale impostazione dei limiti oggettivi della cosa giudicata. A questo proposito, l'orientamento consolidato (e tutt'ora dominante) circoscriveva rigidamente l'oggetto del giudicato al diritto soggettivo azionato nel processo come ri-

³⁷ M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio dell'abuso dell'azione giudiziale*, Torino, 2004, p. 194, per cui da qualche anno a questa parte si assisterebbe in questo senso al “tentativo di liberare la questione [del frazionamento della lite] dalle maglie del giudicato”.

³⁸ Nel già più volte ricordato E. ALLORIO, *Giudicato su domanda parziale*, in *Giur. it.*, 1957, I, 1, pp. 399 ss.; per il vero una parziale anticipazione delle tesi di quest'ultimo si può leggere già in A. SCIALOJA, *Sulla scindibilità del giudizio di liquidazione del danno*, in *Foro it.*, 1957, I, p. 93 ss. (relativa a una precedente sentenza conforme della Cassazione civ.), a cui si richiama adesivamente anche F. CARNELUTTI, *Giudicato implicito in tema di liquidazione del danno*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, p. 629 ss.

³⁹ Si tratta di Cass. Civ., 27 marzo 1957, n. 1059, su cui si tornerà brevemente *infra*.

⁴⁰ Una simile norma, del resto, difettava (e difetta) allo stesso modo anche nel codice germanico.

⁴¹ E. ALLORIO, *op. cit.* p. 402 (che si riferisce in verità solo ad un'ipotesi di frazionamento del credito).

⁴² ID., *op. ult. cit.*, p. 400. Analogamente G. VERDE, *Sulla “minima unità strutturale” azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 575.

⁴³ E. ALLORIO, *op. ult. cit.*, pp. 403-404.

sultante dalla sentenza che ha definito il giudizio. Ciò sul presupposto che fra l'oggetto della controversia e il contenuto della pronuncia debba esservi un rapporto di tendenziale corrispondenza⁴⁴. Coerentemente con tale premessa, l'impostazione tradizionale ricollegava quindi al giudicato civile una duplice conseguenza: 1) un effetto negativo (o preclusivo)⁴⁵, operante nell'ipotesi di identità fra più cause ed impeditivo di una nuova decisione sul medesimo oggetto; 2) un effetto positivo (o conformativo), operante nei casi di pregiudizialità-dipendenza (intesa *stricto sensu*⁴⁶) fra gli oggetti dei giudizi tra di loro successivi e condizionante l'operato del giudice del secondo processo nel senso della necessità di una decisione conforme a quella del primo. Nessuna efficacia vincolante - impeditiva o conformativa - sussisterebbe invece nelle più semplici ipotesi di pregiudizialità in senso «logico», ovvero laddove i due procedimenti separatamente instaurati abbiano in comune non il diritto che ne forma l'oggetto ma una o più questioni (pregiudiziali o preliminari) definite dal giudice; come avviene tipicamente ove si tratti di accertare - in autonomi giudizi - i singoli effetti che possono derivare da un rapporto giuridico sostanzialmente unitario. A fronte di una tale rigidità della tesi tradizionale di fronte a situazioni giuridiche astrattamente divisibili ma a ben vedere corrispondenti ad un bene della vita sostanzialmente unitario, iniziò dunque a profilarsi (dapprima in Germania e successivamente in Italia) un orientamento più estensivo in punto di definizione dei confini oggettivi della cosa giudicata, il quale, al fine di prevenire inopportuni contrasti (anche logici) fra giudicati successivi, suggeriva apertamente di avere specifico riguardo - quanto meno in relazione a determinati rapporti - anche dell'eventuale identità delle questioni (preliminari e/o pregiudiziali) affrontate dal giudice nella prima sentenza; così da assicurare, almeno in questi casi, la massima concentrazione ed economia dei giudizi indirettamente suggerita dalla sostanziale continuità tra le posizioni azionate⁴⁷.

⁴⁴ Per quest'impostazione tralatizia si veda ad es. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, p. 374. Analoghi riferimenti in A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Comm. del Codice di procedura civile*, I, Torino, 1980, pp. 107 ss.

⁴⁵ Corrispondente a quello che si indica, tradizionalmente, con il brocardo *ne bis in idem*.

⁴⁶ Tale è l'ipotesi (definita anche di pregiudizialità «tecnica») in cui l'esistenza dell'oggetto del secondo giudizio dipende strettamente da quella del primo, come avviene di regola laddove il diritto accertato nel primo rientri nella fattispecie costitutiva di quello azionato all'interno del secondo.

⁴⁷ Così S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, op. cit., p. 55, ove si precisa che «è perciò escluso che si possa tornare a studiare il tema dell'identificazione dei diritti e del concorso di pretese, recuperando integralmente gli strumenti elaborati dalla dottrina classica e trascurando invece la felice intuizione che è alla base di questi studi sull'oggetto del processo». Ivi anche estesi riferimenti alla dottrina tedesca che per prima ha cercato di superare le difficoltà, «soprattutto applicative», della teo-

Particolarmente rappresentativa di quest'ordine di idee è la tesi formulata - in una celebre monografia⁴⁸ - dal tedesco Albrecht Zeuner, secondo il quale il vincolo del giudicato si attiverebbe anche nei casi in cui gli oggetti dei due processi, pur non essendo identici né dipendenti nell'accezione ordinaria, risultino collegati da una "particolare interdipendenza" sul piano sostanziale (*rechtlicher Sinnzusammenhang*), sussistente ogniqualvolta l'effetto giuridico perseguito dall'attore con il secondo giudizio si collochi a continuazione o in chiave integrativa rispetto a quello realizzato con il primo (e possa dunque considerarsi quale parte integrante della "regolamentazione giuridica" a quest'ultimo sottesa⁴⁹). Dal che discenderebbe che nei medesimi casi - stante il sostrato comune ad entrambe le domande - il giudicato relativo alla prima dovrebbe in ogni caso operare in senso condizionate anche nel giudizio riguardante la seconda, imponendo di conseguenza un vincolo necessario alla sua decisione⁵⁰. Anche a prescindere da un'esplicita e puntuale adesione alle tesi zeuneriane, peraltro, l'ammissibilità della domanda frazionata e di un secondo giudizio relativo al residuo rimangono contestate da una parte della dottrina. Secondo una certa ricostruzione degli effetti del giudicato, infatti, questi ultimi arriverebbero ad estendersi, al di là di quanto dedotto con la domanda frazionata, anche al «deducibile» rappresentato dalla

ria sostanzialistica classica: si ricordino, fra gli altri, A. NIKISCH, *Zur Lehre vom Streitgegenstand*, op. cit.; W. HENCKEL, *Parteilehre und Streitgegenstand*, Heidelberg, 1961, pp. 253 ss.; S. GEORGIADES, *Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht*, op. cit., pp. 129 ss.

⁴⁸ A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*, Tübingen, 1959; le medesime tesi si trovano riprese anche in ID, *Urteilswirkungen*, Hamburg, p. 66 ss.

⁴⁹ A. ZEUNER (*Die objektiven Grenzen*, cit., p. 44) parla in proposito di un "contenuto regolativo" comune (*Regelungsgehalt*) ad entrambi i processi, tale da giustificare uno speciale rapporto tra gli esiti decisorii. In senso critico v. L. ROSENBERG, K.H. SCHWAB, P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 16, München, 2004, § 153, Rn. 10. Nello scenario attuale, la teoria zeuneriana sembra invece ricevere maggiori apprezzamenti, sia in dottrina (*ex multis* M. TARUFFO, "Collateral estoppel" e giudicato sulle questioni, I, in *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 651 ss.) che (specialmente) in giurisprudenza. Significative aperture si registrano in particolare nella più recente giurisprudenza europea e in quella di alcuni ordinamenti continentali, fra cui l'Austria, la Svizzera e l'Italia (con speciale riguardo a certe posizioni dei giudici tributari). Sul punto, esaustivamente, S. DALLA BONTÀ, *Una "benefica inquietudine"*, cit., p. 904 ss.

⁵⁰ Emblematico è quanto affermato dall'autore in relazione alle ipotesi in cui la pretesa azionata nel secondo giudizio si pone "a completamento" di quella già decisa nel primo processo (v. A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen*, cit., p. 67), ove si parla in tal senso di una pretesa "primaria" e di una "secondaria" collegate fra loro dal medesimo scopo: "*Im Sachzusammenhang zwischen einer primären und einer im Falle der Nichtbefolgung eingreifenden sekundären Rechtspflicht, wie er im Verhältnis von Unterlassungs- und Schadensersatzpflicht festgestellt werden konnte*". Ben più permissiva sul punto la posizione di un'altra parte della dottrina tedesca; v. ad es. R. KUHN, *Die Teilklage und Restklage*, cit., p. 4: "*Wird die Teilklage stattgegeben so erstreckt sich die Rechtskraft nur auf den eingeklagten Teil*". In linea con questa più classica dottrina, la giurisprudenza tedesca continua a riconoscere l'effetto del giudicato soltanto nelle ipotesi di identità del *decisum* o di pregiudizialità-dipendenza fra le due situazioni. Si vedano in tal senso B.G.H., VII, 18 Dez. 1986 n. 305, in *BauR* 1987, 235; BGH, 9 apr. 1997.

porzione della situazione giuridica precedentemente non azionata⁵¹. Col risultato che la pronuncia sul più limitato oggetto fatto valere nel precedente giudizio precluderebbe - nei termini di una sorta di «giudicato implicito» - la possibilità di agire in un successivo processo per ottenere il residuo⁵²: quando unica è la situazione giuridica vantata dall'attore, in altri termini, unico dovrebbe essere anche il processo finalizzato ad accertarla, e la relativa sentenza farebbe stato, sempre e comunque (se del caso implicitamente), in ordine all'integralità della situazione originariamente azionata⁵³. Come a dire che la questione dell'unicità del processo (e della conseguente inammissibilità della domanda frazionata) si risolve "a monte" ricostruendo come unica la situazione azionata, la quale costituirebbe in ogni "la minima unità strutturale" deducibile nel giudizio, da farsi quindi valere "tutta intera" senza possibilità di dividerla⁵⁴. Non sono poi mancate opinioni più specifiche, accogliendo una soluzione «intermedia» fra le due opposte opinioni fin qui prospettate (quella che circoscrive il giudicato a quanto dedotto dalle parti e quella che lo estende al rapporto sottostante), ha suggerito di subordinare la facoltà dell'attore di frazionare la domanda a una riserva

⁵¹ Sembra esprimersi in questi termini, pur senza aderire esplicitamente alla tesi menzionata, T. DALLA MASSARA, *La domanda frazionata e il suo contrasto con in principi di buona fede e correttezza: un ripensamento delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, pp. 351 ss. Si veda anche P.G. MONATERI, *La scindibilità del giudizio sul "quantum" - nota a Cass., 8 luglio 1981, n. 4488*, in *Resp. civ. e prev.*, 1982, p. 411 ss. Si osservi peraltro come siffatta opinione accolga una lettura parzialmente eterodossa del principio di estensione del giudicato al dedotto e al deducibile, il quale di per sé non ha nulla a che vedere con il tema (qui discusso) dei limiti oggettivi della cosa giudicata. Sul punto A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, cit., p. 390 ss.

⁵² La figura del giudicato «implicito» è stata invocata dalla dottrina per lo più in riferimento all'incontestabilità in sede di gravame della decisione sulla giurisdizione implicitamente assunta dal giudice precedente; sul punto v. V. PETRELLA, *Osservazioni minime in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione e giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 64 (2009) p. 1088 ss.; A. CARRATTA, *Rilevanza d'ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del "giudicato implicito"*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1460; M. PACILLI, *Note in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 4, p. 595 ss. Sull'impiego della figura per giustificare la preclusione della domanda frazionata si veda, criticamente, E. ALLORIO, *Giudicato su domanda parziale*, cit., p. 400: "si afferma invero - muovendo dalla premessa per cui il nostro ordinamento processuale vieterebbe la scomposizione del petitum - che la proposizione di una domanda, intesa a provocare un accertamento giudiziale in ordine a una *res iudicanda* che costituisce parte di un oggetto più vasto, precluda la possibilità giuridica di una successiva domanda diretta a far valere elementi non dedotti con la prima per una sorta di giudicato implicito".

⁵³ Così A. CERINO CANOVA, *Unicità del diritto e del processo di risarcimento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, II, p. 455. In senso conforme v. anche S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, cit., p. 283: "Si deve pertanto ribadire che il concetto e l'estensione del processo sono determinati dalle norme positive, le quali richiedono, come entità minima, l'affermazione di un diritto soggettivo; al contrario non può essere riconosciuto all'attore il potere né di scindere l'unitaria pretesa ad una prestazione pecuniaria in più domande parziali quanto al *petitum*, né di limitare l'oggetto del giudicato a un particolare ad un particolare profilo giuridico oppure ad uno specifico titolo d'acquisto [...]".

⁵⁴ Per questa terminologia di veda G. VERDE, *Sulla "minima unità strutturale"*, cit., *passim*.

espressa formulata in tal senso nel primo giudizio⁵⁵. Per limitare l'oggetto del giudicato ad una parte soltanto della pretesa vantata occorrerebbe cioè un'esplicita dichiarazione del soggetto interessato della volontà di azionare il residuo in un successivo processo, in assenza della quale l'accertamento del giudice si estenderebbe inevitabilmente a coprire quest'ultimo⁵⁶. Tale tesi, pur accogliendo in astratto l'impostazione estensiva, rimette dunque l'oggettiva latitudine della cosa giudicata ad un'apposita scelta manifestata dall'attore⁵⁷, la cui esplicita riserva di riattivare il rapporto in un secondo giudizio è intesa quale sintomo di un «accordo» tra le parti nel senso di limitare, in misura corrispondente, l'efficacia vincolante del primo giudicato⁵⁸.

Non meno travagliato del dibattito dottrinale è risultato - per altro verso - il percorso della giurisprudenza sul frazionamento della lite. In difetto di una regolamentazione sul punto nella legge processuale, infatti, i giudici si sono a lungo interrogati - con risultati contrastanti - sull'ammissibilità o meno della domanda parziale, giustificando o sanzionando (a seconda dei casi) la condotta dell'attore che parcellizzi la lite. Di tale inesausto dibattito in seno alla giurisprudenza si può proporre, in questa sede, poco più di una sintesi⁵⁹. Il primo precedente giurisprudenziale che ha statuito sul punto è una sentenza del 1957 della Corte di Cassazione⁶⁰, capostipite di un duraturo orientamento favorevole al frazionamento della lite. Con tale pronuncia, la S.C. - in

⁵⁵ Fra gli artefici di questa impostazione mediana F. CARNELUTTI, *Giudicato implicito*, cit., p. 629 ss.; E. REDENTI, *Connessione e continenza*, in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, I, Milano, 1962, p. 414 ss.; favorevole a un parziale temperamento della regola processuale di inscindibilità del rapporto anche V. SCIALOJA, *Nota a Cass. civ. 9 ottobre 1956*, in *Foro it.*, 1957, I, p. 92.

⁵⁶ F. CARNELUTTI, *op. ult. cit.*, p. 629 precisa che “la parte può limitare fin che vuole l'oggetto del giudizio, ossia l'oggetto della domanda; ma deve dire che lo limita”, poiché altrimenti “una successiva domanda [per il residuo] dovrebbe essere rigettata non per un inesistente divieto del frazionamento del giudizio, ma perché il giudicato, come si suol dire, copre il dedotto e il deducibile”.

⁵⁷ La cui consapevole efficacia limitativa dell'oggetto del giudizio suggerisce a T. DALLA MASSARA, *La domanda frazionata*, cit., p. 353, un suggestivo accostamento alla *praescriptio* del processo formulare, la cui funzione era appunto quella di introdurre una limitazione alla domanda dell'attore.

⁵⁸ In tal senso, assai precocemente, L. MORTARA, *Commentario al Codice di Procedura Civile*, n. 78.

⁵⁹ Una più efficace ricostruzione complessiva del panorama giurisprudenziale sul punto è offerta da B. VERONESE, *L'improponibilità della domanda frazionata: rigetto in rito o in merito?*, in *Obbligazioni e Contratti*, 10, 2009 e A. MELONI CABRAS, *Domanda di adempimento frazionata e violazione dei canoni di correttezza e buona fede*, *Ibidem*, 2008, pp. 788 ss.

⁶⁰ Cass. 27 marzo 1957, n. 1059, in *Giur. it.*, 1957, I, pp. 399 ss., annotata favorevolmente da E. ALLORIO, *Giudicato su domanda parziale*. Note adesiva anche di A. SCIALOJA, *Sulla scindibilità del giudizio di liquidazione del danno*, in *Foro it.*, 1957, I, p. 92 e F. CARNELUTTI, *Giudicato implicito in tema di liquidazione del danno*, *op. cit.* Nel solco tracciato da questa prima pronuncia si collocano fra le altre Cass. 27 marzo 1958 n. 1019, in *Mass. Giur. it.*, 1958; Cass. 23 novembre 2000, n. 15138, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, p. 1229 e Cass. 2 settembre 2000, n. 11520, in *Giust. Civ.*, 2001, I, p. 159, le quali ammettono, con argomenti equivalenti, il frazionamento della domanda.

aderenza alle tesi di Allorio - ha ritenuto che nulla vietasse al creditore di una somma di proporre in separati processi più domande di liquidazione del danno per profili diversi di un evento unitario, ammettendo in particolare la domanda per il residuo in quanto non coperta dal giudicato già formatosi sulla precedente condanna. Ciò sia per il rilievo riconosciuto in astratto al principio della domanda (la cui precisa individuazione è rimessa all'attore), sia per le difese a disposizione del convenuto di fronte a una simile condotta della sua controparte (fra cui in particolare la facoltà di far accertare, in via riconvenzionale, l'inesistenza della pretesa del residuo). Un contemporaneo filone giurisprudenziale perveniva invece, in base ad un'opposta ricostruzione dell'oggetto del giudicato, alla soluzione antagonista e diametralmente contrapposta, negando la liceità della condotta frazionante con riferimento alla preclusione del dedotto e deducibile⁶¹. Più di recente, un ulteriore orientamento (incarnato in particolare dalla I Sezione della Corte di Cassazione) giungeva per altro verso alla medesima conclusione ma a partire da un argomento notevolmente diverso: invocando in proposito i principi negoziali di buona fede oggettiva e di correttezza delle parti nell'adempimento dei contratti (artt. 1175 e 1375 c.c.)⁶², alla luce dei quali le richiamate sentenze giungevano a negare qualsivoglia riconoscimento a un'iniziativa processuale segmentata in più giudizi in quanto contrastante con i medesimi principi. Nel tentativo di giustificare quest'ultima impostazione, si è poi ragionato, alternativamente, di "eccesso di potere"⁶³, di "necessario contemperamento dei contrapposti interessi", di "abuso del diritto" e "abuso del processo"⁶⁴ o, più semplicemente, di un riflesso processuale della "violazione dei principi di correttezza e buona fede", tentando al tempo stesso di giustificare il rigetto della domanda ricorrendo alla nozione di interesse ad agire o all'ulteriore condizione di decidibilità della causa rappresentata dalla

⁶¹ Si collocano in quest'alveo Cass. 15 settembre 1975, n. 3057, in *Mass. Giur. it.*, 1975; Cass. 8 luglio 1981, n. 4488, in *Resp. civ. e prev.*, 1982, p. 411; Cass. 23 ottobre 1985, n. 5192, in *Giur. it.* 1986, I, p. 383; più di recente Cass. 6 agosto 1997, n. 7275, in *Giur. it.*, 1998, p. 889. Un significativo precedente conforme si può leggere, prima ancora, in Cass. 30 gennaio 1956, n. 270, in *Giust. Civ.*, 1956, p. 645.

⁶² Fra le altre (isolate) sentenze che aderiscono a questo diverso orientamento si vedano Cass. 8 agosto 1997, n. 7400, in *Giur. it.*, 1998, pp. 889 ss. (con nota di Ronco) e Cass. 14 novembre 1997, n. 11271, in *Corr. Giur.*, 1998, p. 540; per un inquadramento del problema G. TRANQUILLO, *Richiesta di adempimento parziale "ex latere creditoris" ed "exceptio doli generalis"*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 367 ss.

⁶³ Cass. Civ., sentenza 8 agosto 1997, n. 7400, cit.

⁶⁴ Cass. Civ., 14 novembre 1997, n. 11271, cit.; Cass. Civ. 23 luglio 1997, n. 6900, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2727 ss.; per una rilettura di tale giurisprudenza alla luce della clausola dell'abuso del diritto v. A. GAMBARO, *nota a Trib. Torino, 13 giugno 1983*, in *Resp. Civ. e prev.*, 1983, p. 815 ss.

“meritevolezza della tutela richiesta”⁶⁵. Ciò che invece rimaneva inespresso erano le forme, gli strumenti o le modalità con cui la nuova impostazione avrebbe dovuto manifestarsi all'interno del processo⁶⁶, posto che la stessa giurisprudenza che proponeva un'estensione dei suddetti principi anche all'ambito del giudizio si scontrava al tempo stesso, pur senza affrontarlo, col problema di motivare la loro concreta operatività sul piano processuale, limitandosi a colpire con una pronuncia di rito la corrispondente iniziativa promossa dall'attore. Nella dottrina più recente⁶⁷ si è puntualmente osservato che questo aperto disorientamento dogmatico nell'opinione delle corti è dovuto principalmente ad un salto logico del ragionamento impiegato: il ricorso a delle regole di condotta di carattere sostanziale (quali sono tipicamente gli artt. 1175 e 1375 c.c.) per disciplinare comportamenti che hanno invece una natura eminentemente processuale e la cui portata, lecita o illecita, si coglie pertanto unicamente all'interno del processo. La valorizzazione giudiziale dei principi di correttezza e buona fede oggettiva, di conseguenza, richiederebbe uno strumento (di natura processuale) in qualche modo assimilabile a quello rappresentato, nell'esperienza romana, dall'eccezione di dolo, e più precisamente dalla variante di essa che va comunemente sotto il nome di *exceptio doli generalis* (o *praesentis*). A differenza dell'*exceptio doli specialis* (o *praeteriti*), che serviva a far valere la scorrettezza dell'attore nella conclusione del negozio, tale strumento consentiva infatti alla parte convenuta di denunciare i comportamenti dolosi posti in essere dall'attore direttamente nel processo⁶⁸, qual è appunto la condotta dell'attore che parcellizza maliziosamente una pretesa unitaria. Una simile «reviviscenza» dell'eccezione di dolo nella sua valenza «presente» incontra tuttavia non poche difficoltà. Da un lato, si pone il problema di individuare il fondamento normativo di uno strumento così peculiare e gravido di effetti

⁶⁵ L'enunciazione di questa originale proposta ricostruttiva si deve in particolare a M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela*, cit., spec. p. 205 ss. Alcuni spunti in tal senso anche in M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005, p. 85, nt. 218.

⁶⁶ Sulle questioni sollevate dalla lettura del problema alla luce dei principi di correttezza e buona fede v. spec. T. DALLA MASSARA, *Frazionabilità della domanda e principio di buona fede*, cit., pp. 429 ss.

⁶⁷ Esplicito in tal senso T. DALLA MASSARA, *op.ult.cit.*, p. 437; ID, *La domanda frazionata*, cit., p. 353.

⁶⁸ La letteratura dedicata all'*exceptio doli* e al suo duplice regime nel processo formulare a pressoché sterminata. Per limitarsi ai contributi più influenti esaustivi si possono ricordare: A. TORRENTE, sub voce “Eccezione di dolo”, in *Enc. dir.*, XIV, pp. 218 ss.; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, Milano, 1973; L. GAROFALO, *L'eccezione di dolo generale*, Padova, 2006; A. BURDESE, s.v. “*Exceptio doli (diritto romano)*”, in *NNDI*, VI, p. 1074 ss.). Sulla strumentalità dell'istituto alla traduzione processuale dei principi di correttezza e buona fede oggettiva v. T. DALLA MASSARA, *Eccezione di dolo generale, exceptio litis dividuae e domanda frazionata*, cit., p. 259 ss.

in un sistema, come il nostro, che non lo prevede espressamente; un problema che nelle attuali prospettazioni di dottrina e giurisprudenza non sembra aver trovato una soluzione convincente⁶⁹. Dall'altro, resta irrisolta la delicata questione della «traduzione tecnica» di tale istituto all'interno del giudizio, ossia del regime processuale a cui dovrebbe ritenersi assoggettata la pronuncia di rigetto sulla domanda frazionata in conseguenza all'accoglimento di una (eventualmente rediviva) eccezione di dolo. Un tentativo di sanare il conflitto in questo senso determinatosi tra l'orientamento «processualistico» fondato sul giudicato e quello «sostanzialistico» incentrato sui principi di correttezza e buona fede si è avuto nel 2000 con una celebre (e dibattuta) pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁷⁰, le quali, rigettando la tesi estensiva degli effetti del giudicato come quella ispirata a una presunta violazione del principio di buona fede, hanno concluso nel senso della piena ammissibilità del frazionamento della lite, il quale non contrasterebbe dunque con alcuna regola del nostro sistema processuale. L'assetto della questione così delineato, che sembrava destinato a consolidarsi in maniera definitiva, è stato tuttavia radicalmente sovvertito da un nuovo intervento delle stesse SS.UU., che con una sentenza di poco successiva⁷¹ hanno determinato sulla questione una manifesta inversione di rotta. Con la pronuncia in parola, infatti, il Supremo Collegio è tornato ad esprimersi sulla *vexata quaestio* della domanda frazionata, stabilendone la contrarietà alla regola generale di correttezza e buona fede che si ricaverebbe dal dovere inderogabile di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. Secondo la Corte, in altri termini, la parcellizzazione della do-

⁶⁹ Come si è avuto modo di anticipare, nella recente giurisprudenza sulla domanda frazionata, ciò è avvenuto principalmente facendo leva sui principi contrattuali di correttezza e buona fede, la cui portata è stata quindi creativamente estesa anche al di fuori del loro ambito naturale. Con un'operazione coraggiosa ma dubbiamente sostenibile. Per una critica esplicita alla possibilità di fondare la vigenza presente dell'istituto sui menzionati principi del diritto dei contratti v. T. DALLA MASSARA, *Frazionabilità della domanda e principio di buona fede*, cit., p. 448 ss., ove si conclude che “se di eccezione di dolo presente si intende discutere onde sanzionare la scorrettezza commessa dall'attore nel parcellizzare la propria domanda, occorre ammettere che soltanto con una certa disinvoltura sarebbe possibile rinvenirne il fondamento legislativo nelle norme citate”.

⁷⁰ Cass., SS.UU. 10 aprile 2000 n. 108, pubblicata, tra le altre, in *Guida al dir.*, 2000, XVII, p. 46, con nota di SACCHETTINI, *La possibilità di frazionare le richieste giudiziarie non sacrifica il diritto di difesa del debitore*, nonché in *Giust. Civ.*, 2000, p. 2265, con nota critica di MARENGO, *Parcellizzazione della domanda e nullità dell'atto* e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, p. 502, con nota di ANSANELLI.

⁷¹ Si tratta dell'altrettanto diffusamente annotata Cass. SS.UU., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 335 ss., con note di M. DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, e T. DALLA MASSARA, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il “ripensamento” delle Sezioni Unite*. Ulteriori considerazioni al riguardo possono leggersi in P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto (una significativa rimeditazione delle Sezioni Unite)*, in *Corr. Giur.*, 2008, pp. 745 ss.

manda integrerebbe - di per se stessa - un abuso del processo e dovrebbe pertanto considerarsi preclusa dagli stessi principi, di rango costituzionale, che impongono alle parti una condotta leale, fra cui rientrerebbero - nell'opinione del giudice - i valori della solidarietà sociale e del giusto processo (di cui rispettivamente agli artt. 1 e 2 Cost. e all'art. 111 Cost., a quel tempo recentemente riformato). Nel pervenire a questa opposta conclusione, peraltro, il Supremo Collegio si è spinto ben oltre le più risalenti (e moderate) sentenze che avevano escluso il frazionamento sotto il profilo dell'interesse ad agire o della meritevolezza della tutela richiesta, riconoscendo nella scelta di frazionare la lite una condotta in sé abusiva e come tale meritevole della sanzione del rigetto della domanda, a prescindere da un'indagine sulle ragioni specifiche che hanno indotto l'attore ad agire in tal senso⁷². Analoga al passato rimaneva invece l'incertezza della Corte sull'esatta qualificazione della sanzione processuale collegata al frazionamento, non risultando in particolare adeguatamente chiarito se la pronuncia d'inammissibilità resa dal giudice all'esito del processo sulla domanda parziale impedisca o meno all'attore interessato di agire nuovamente per ottenere il residuo⁷³. Proprio quando l'orientamento in questo modo fatto proprio dal Supremo Collegio appariva (al di là delle descritte incertezze) sostanzialmente consolidato, si è peraltro assistito ad un ulteriore e significativo mutamento di prospettiva delle stesse SS.UU., che con gli arresti gemelli nn. 4090 e 4091 del 16.02.2017 hanno rimesso almeno in parte in discussione i principi affermati nelle precedenti pronunce e individuato sul punto una soluzione di compromesso che tenta di conciliare la rigidità del divieto di frazionamento della lite con la varietà delle situazioni potenzialmente interessate dalle condotte in esame. Il che è avvenuto riconoscendo in astratto la legittimità di azioni separate relative alle parti formalmente distinte di un medesimo rap-

⁷² Per una critica molto acuta dell'eccessiva nettezza di tale orientamento si veda M. DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito*, cit., pp. 339 ss., ove si osserva che “i postulati accolti dalla decisione [...] portano ad un ripudio di qualunque possibilità di esercizio frazionato del credito”, la quale “resterebbe comunque lesiva del principio di buona fede” e incontrerebbe pertanto il limite di “una regola perentoria - e un po' brutale - di sicura inammissibilità [...]”.

⁷³ In questo senso - da ultimo - F. COSSIGNANI, *Frazionamento del credito e abuso del processo: panorama giurisprudenziale*, in *Euroconferenza Settimanale sul processo civile*, 2015, pp. 1 ss., ove si ricostruiscono in particolare i diversi orientamenti applicativi (non sempre coerenti) manifestatisi nella giurisprudenza di merito in seguito alla presa di posizione - all'epoca apparentemente definitiva - del Supremo Collegio nel senso della non frazionabilità della domanda giudiziale. A tal proposito l'autore rileva tra le altre cose come, al di là delle obiettive fluttuazioni in merito al fondamento del rigetto della domanda, non siano mancati nella prassi applicativa dei richiami parzialmente impropri al principio dell'infrazionabilità dell'azione nei termini di una riconduzione allo stesso delle conseguenze di ulteriori istituti (quali la litispendenza) che muovono invero dal presupposto della diversità delle azioni.

porto, ma circoscrivendo espressamente siffatta facoltà ai casi in cui l'attore sia in grado di dimostrare all'interno del processo il proprio specifico interesse ad agire per parti anziché unitariamente, con ciò recuperando per taluni aspetti la prospettiva fatta propria da alcune pronunce precedenti e da una parte della dottrina nel senso della necessità di valutare l'ammissibilità o meno della domanda frazionata alla luce della meritevolezza della tutela richiesta⁷⁴. Il tutto secondo un'impostazione di carattere «variabile» che, pur riprendendo talune argomentazioni del precedente dibattito, ha senz'altro ridefinito ancora una volta i termini della questione, mentre risulta tutt'ora prematuro valutarne in concreto le conseguenze operative e in special modo la capacità di superare efficacemente le problematiche emerse dai precedenti orientamenti.

Così rappresentate - in rapidissima sintesi - le soluzioni elaborate da dottrina e giurisprudenza al cospetto del fenomeno della domanda frazionata, si può osservare quanto segue: la riflessione moderna dedicata al problema si è per lo più cristallizzata su posizioni molto nette, che tendono a risolverlo (e prima ancora a qualificarlo) in un senso o nell'altro senza lasciare spazio per una terza alternativa. Ciò che colpisce dell'attuale dibattito è cioè la radicalità delle soluzioni proposte, le quali, sia che si richiamino al giudicato sia che evochino i principi di correttezza e buona fede, ammettono (o rispettivamente) ripudiano il frazionamento della domanda in modo assoluto e pressoché irrefutabile. Le tesi che fanno perno sulla cosa giudicata, in particolare, non ammettono alternativa: o il rapporto è concepito come unitario e dev'essere azionato in un unico processo (pena la preclusione della *res iudicata*) o è divisibile in posizioni distinte suscettibili di attivazione in separati giudizi. D'altro canto, le opinioni che si richiamano alle regole di buona fede e correttezza processuale non sono meno radicali, imponendo che la domanda frazionata sia rigettata in quanto inammissibile - per carenza di interesse, immeritevolezza della tutela o abuso del processo - o addirittura sanzionandola con una pronuncia di merito idonea a generare un giudicato materiale (e quindi ad impedire ogni ulteriore iniziativa da parte dell'attore finalizzata a ottenere la porzione residua). Nemmeno la tesi che subordina il frazionamento ad

⁷⁴ Sul contenuto innovativo della recente pronuncia della Corte nomofilattica e le possibili conseguenze dei diversi *dicta* in essa contenuti rispetto alla prassi delle corti di merito si veda in particolare F. TRONCONE, *Note minime sul frazionamento del credito a seguito di Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2017, nn. 4090 e 4091*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, 2/2017, con estesi riferimenti (in nota e nel testo) ai numerosi interventi di nota e commento comparsi sulla scia della recente sentenza.

una riserva espressa appare infine meno assoluta, poiché in assenza di una simile dichiarazione proveniente dall'attore essa ammette comunque l'estensione del giudicato anche alla domanda sul residuo, non diversamente dall'opinione più radicale che prescinde a tal fine dalla volontà delle parti. Tutte le prospettive finora individuate nell'affrontare il problema si rivelano pertanto drasticamente sbilanciate, accogliendo o respingendo la parcellizzazione della lite senza alcuna mediazione fra i contrapposti interessi alla stessa sottesi: quello dell'attore a ripartire come crede la sua domanda giudiziale e quello del convenuto a non vedersi coinvolto in una pluralità di giudizi per la medesima causa (a cui si associa ovviamente, come già visto, l'interesse pubblicistico all'economia dei giudizi). Né può farsi a meno di avvertire una certa insoddisfazione per i tentativi di inquadramento fino ad ora elaborati, la cui eccessiva «intransigenza» in un senso o nell'altro ha impedito di rinvenire un punto di equilibrio adeguato e soddisfacente nella disciplina processuale del fenomeno in esame⁷⁵.

Ben si comprende, pertanto, come difficilmente la riflessione contemporanea sul frazionamento della domanda possa offrire una base di partenza e degli stabili riferimenti concettuali per l'indagine del fenomeno nel diverso contesto dell'esperienza romana, posto che all'esito di siffatta riflessione come sopra ricostruita appaiono tutt'ora difettare non soltanto un univoco inquadramento dei contenuti del fenomeno e dei confini del medesimo rispetto ad altre fattispecie (dal giudicato alla litispendenza), ma anche - e soprattutto - una chiara definizione delle possibili conseguenze dallo stesso derivanti sulla vicenda del processo, rimanendo in particolare irrisolta (specie alla luce delle evidenti oscillazioni della giurisprudenza sul punto) la questione fondamentale delle specifiche circostanze in presenza delle quali le relative condotte poste in essere dall'attore possano dirsi ammissibili. A fronte delle incertezze e delle difficoltà ricostruttive così individuate nel dibattito attuale, un approccio più proficuo e potenzialmente costruttivo all'oggetto dell'indagine sembra essere pertanto quello

⁷⁵ Sull'eccessiva rigidità delle soluzioni attuali si veda in particolare T. DALLA MASSARA, *Eccezione di dolo generale, exceptio litis dividuae e domanda frazionata*, cit., p. 267 ss., ove si osserva - piuttosto incisivamente - che "al di sotto delle diverse e talora barocche costruzioni con cui dottrina e giurisprudenza si sono in questi anni cimentate" nel tentativo di affrontare il problema della domanda parziale "si scorge qualche difficoltà nel sentire come equa e accettabile una sentenza che arrivi a rigettare una domanda solo perché frazionata", pur avvertendo al contempo l'iniquità della scelta del creditore che "nel vantare un diritto comunque fondato impieghi modalità scorrette". Difficoltà che si sarebbero appunto manifestate - a livello concreto - nelle soluzioni «gordiane» di volta in volta suggerite in dottrina e giurisprudenza; non da ultimo con i trancianti *revirements* della Corte di Cassazione.

che propone di muovere - in prospettiva invertita - direttamente dall'ottica del diritto romano, ossia di esplorare le specifiche soluzioni da quest'ultimo offerte rispetto alla questione della domanda divisa in modo del tutto indipendente dall'inquadramento della stessa nei diritti contemporanei, conseguendo in questo modo il duplice obiettivo di affrontare il problema in assenza dei condizionamenti dogmatici inevitabilmente derivanti dalla sua concezione nell'esperienza moderna e di scansare (almeno in parte) le manifeste aporie caratteristiche di quest'ultima indagando la questione in un'ottica diversa e concettualmente indipendente da quella derivante dalle categorie positive dell'ordinamento processuale attualmente in vigore. Solo muovendo da simile prospettiva autonoma e incondizionata, infatti, è possibile ricostruire in una chiave attendibile se e in quali termini il fenomeno di cui trattasi risultasse percepito - ed eventualmente concettualizzato - nella specifica dimensione del processo *per formulas* (valutando di conseguenza le implicazioni dello stesso rispetto al tema generale della presente ricerca), correndosi altrimenti l'evidente pericolo di trasferire indebitamente sul piano storico della materia esplorata i parziali (e insoddisfacenti) risultati della riflessione moderna sulla questione processuale del frazionamento della lite, laddove la potenziale utilità dell'indagine diacronica in questo modo intrapresa risiede al contrario proprio nella possibilità di gettare uno sguardo per quanto possibile genuino sulle soluzioni alternative al medesimo problema eventualmente predisposte in un'esperienza processuale notevolmente diversa - per forme e contenuti - qual è quella caratteristica del procedimento formulare. Non potendosi tra l'altro escludere - in via preventiva - che una simile ricostruzione di carattere storico e concettualmente indipendente possa offrire al tempo stesso degli utili spunti anche nell'ottica di un futuro ed eventuale ripensamento del problema nell'esperienza positiva, consentendo di impostare su basi diverse alcuni degli elementi concettuali che hanno finora condizionato il dibattito moderno sul frazionamento della lite e quindi di superare - quanto meno in prospettiva - le numerose difficoltà ed oscillazioni interpretative che si sono viste allo stesso tutt'ora collegate⁷⁶.

⁷⁶ Nel senso della possibilità di ripartire dall'esperienza storica del processo romano classico al fine di superare per certi aspetti la tendenziale *impasse* a cui ha condotto la riflessione sul tema nella dottrina e nella giurisprudenza moderne si veda in particolare T. DALLA MASSARA, *Eccezione di dolo, exceptio litis dividuae e domanda frazionata*, cit., spec. pp. 267 ss., il quale non manca di evidenziare come l'opportunità di procedere a tale rilettura discenda tra l'altro dalla necessità di prendere atto che "la questione della frazionabilità [della domanda] richiede una soluzione sul piano processuale" e del fat-

4. Domanda frazionata e diritto romano: i confini della ricerca

Qualche annotazione, dapprima, quanto agli specifici contenuti della seguente trattazione ed ai limiti oggettivi a cui la stessa è sottoposta. Al fine di contenere le dimensioni dell'indagine entro confini ragionevoli e il più possibile coerenti con le finalità del lavoro, si è anzitutto ritenuto di circoscrivere l'esame delle possibili conseguenze del frazionamento della lite nell'esperienza romana alla specifica dimensione della procedura *per formulas*, escludendo di conseguenza dalla visuale della ricerca tanto la ricognizione di eventuali modelli nel processo più antico dei meccanismi processuali esistenti in quel sistema (resa del resto pressoché impraticabile dalla scarsità degli indizi ricavabili dalle fonti), quanto un puntuale approfondimento degli sviluppi conosciuti da quegli stessi rimedi nel diverso contesto delle *cognitiones extra ordinem* e del processo giustiniano. Il che si giustifica non solo in quanto è indubitabilmente in età formulare che le soluzioni e i meccanismi processuali di cui ci si occuperà nel dettaglio nelle prossime pagine hanno conosciuto il proprio autentico sviluppo ed il proprio principale contesto applicativo (grazie soprattutto all'apporto creativo della giurisdizione pretoria e della riflessione dei giuristi), ma anche per il fatto che le trasformazioni subite dal meccanismo processuale in età più recente hanno in parte snaturato gli stessi presupposti sopra quali si fondava la disciplina del fenomeno in età formulare⁷⁷, così che un esame specifico degli effetti processuali del frazionamento della lite in quel nuovo contesto non solo non offrirebbe indicazioni aggiuntive quanto al tema della ricerca ma rischierebbe anzi di compromettere il rigore e la chiarezza ricostruttiva dei peculiari rimedi a tal riguardo operanti nel pro-

to che sul punto si renda necessario un migliore e più efficiente temperamento tra le ragioni delle parti: "inoltre, non meritano di essere radicalmente negate le ragioni del creditore, ma al contempo si avverte l'esigenza di una sanzione per la scorrettezza del suo comportamento".

⁷⁷ A tal proposito, può richiamarsi la descrizione del fenomeno della *minoris petitio* inclusa nel passaggio delle Istituzioni imperiali che corrisponde, per contenuto, alla trattazione di Gaio (Inst. 4.6.34), nel quale non soltanto non si fa alcun riferimento (come del resto nel Digesto) a una tutela del convenuto in sede di eccezione, ma si propone quale più radicale conseguenza del frazionamento della lite la possibilità (introdotta a quanto si apprende da una costituzione di Zenone) che il giudice condannasse nondimeno l'avversario all'intera prestazione: *Si minus in intentione complexus fuerit actor, quam ad eum pertineret, veluti si, cum ei decem deberentur, quinque sibi dari oportere intenderit, aut cum totus fundus eius esset, partem dimidiam suam esse petierit, sine periculo agit: in reliquum enim nihilo minus iudex adversarium in eodem indicio condemnat ex constitutione divae memoriae Zenonis*.

cesso *per formulas*⁷⁸. Per altro verso, e come già anticipato nelle pagine introduttive del presente capitolo, è apparso inoltre opportuno e concretamente necessario trascendere del tutto - ai fini della ricerca - da una specifica indagine della questione sostanziale, pur strettamente collegata al fenomeno processuale della domanda frazionata, delle modalità di definizione dell'oggetto della domanda (e quindi del processo) rispetto a quello del rapporto giuridico nello stesso azionato, vale a dire della necessaria corrispondenza tra l'unità della pretesa sotto il profilo materiale e quella dell'azione e del corrispondente *decisum*. Per quanto la puntuale individuazione del «contenuto minimo» della posizione giuridica fatta valere nel processo sia evidentemente prodromica alla stessa possibilità di qualificare come «parziale» l'iniziativa dell'attore e quindi di ritenere sussistente una specifica ipotesi di parcellizzazione della lite rispetto al suo oggetto «naturale»⁷⁹, infatti, ciò che interessa in questa sede non è tanto evidenziare in quali situazioni la suddetta corrispondenza tra azione e pretesa potesse dirsi verificata (o rispettivamente carente), quanto piuttosto ricostruire (nei termini suddetti) le conseguenze giuridiche da quest'ultima derivanti nel quadro del processo a carico della parte concretamente responsabile del frazionamento della lite, muovendo in altri termini dal fenomeno di cui trattasi una volta determinatosi piuttosto che dalle cause alla radice dello stesso ovvero dai presupposti per il suo manifestarsi, la cui compiuta ricostruzione comporterebbe d'altro canto, in ragione dell'ampiezza e difficoltà delle problematiche alla stessa sottese, un'eccessiva espansione dei confini della ricerca rispetto agli obiettivi eminentemente processuali che

⁷⁸ Sull'evoluzione della fenomenologia della domanda frazionata conseguente all'affermarsi delle procedure straordinarie a scapito dei meccanismi caratteristici della procedura *per formulas* può rinviarsi diffusamente a T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale*, cit., pp. 123-128, ove le relative trasformazioni nell'impostazione del problema e della sua soluzione sono correttamente ricondotte - per un verso - alla mutata concezione del rapporto tra il diritto e l'oggetto dell'azione e - dall'altro - alla contestuale decadenza dello strumentario delle *formulae* nella prassi applicativa. In quella sede si trovano inoltre raccolti e passati in rassegna alcuni dei principali interventi normativi concretamente reperibili nelle fonti postclassiche da cui sembrano ricavabili indicazioni rilevanti per la ricostruzione della differente disciplina del fenomeno in esame in seguito all'avvento del procedimento *extra ordinem*. Per una rassegna di tali fonti v. D. DAUBE, *Exceptio litis dividuae*, cit., p. 314 ss.

⁷⁹ Per l'impiego di tale terminologia con riferimento alla questione della domanda frazionata e per le conseguenze che se ne possono ricavare in termini di correlazione tra la dimensione sostanziale del contenuto della pretesa e quella - preminentemente processuale - della portata oggettiva di quanto devoluto all'interno del giudizio e di quanto pronunciato con efficacia di giudicato non può che rinviarsi - come già in precedenza - alle osservazioni di G. VERDE, *Sulla minima unità strutturale azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, cit., p. 573 ss.

essa intende perseguire⁸⁰. Da ultimo, è apparso utile escludere dalla prospettiva della ricerca un'indagine specifica dei possibili rapporti tra la disciplina del frazionamento della domanda nella esperienza formulare ed ulteriori istituti (a loro volta riconducibili a quel modello processuale) potenzialmente collegati al medesimo fenomeno ma non direttamente preposti alla sua repressione. È questo il caso, ad esempio, dei riflessi della limitazione dell'*intentio* (e quindi della segmentazione dell'iniziativa processuale) sulla correlativa portata della *condemnatio* formulare e della conseguente pronuncia resa dal giudice all'esito del giudizio, la cui minore estensione rispetto al contenuto della pretesa o del suo schema formulare poteva condurre in concreto - al pari di una condanna eccessiva rispetto all'azione - a conseguenze giuridiche di diversa natura tanto a carico della parte responsabile dell'azione quanto del giudice che ha pronunciato la decisione, quali la responsabilità di quest'ultimo per infedeltà della sentenza o la *restitutio in integrum* in favore dell'attore *minor XXV annorum*⁸¹, le quali non incidono tuttavia in alcun modo sulla scelta originaria compiuta dall'attore di agire per parti⁸². Ma lo stesso potrebbe dirsi - del pari - per quelle situazioni (astrattamente immaginabili seppur non esplicitamente attestate all'interno delle fon-

⁸⁰ Sul problema dell'unitarietà della pretesa azionata come presupposto per la definizione delle ipotesi di frazionamento della lite e, così, di applicazione dei relativi rimedi a livello processuale può rinviarsi ancora una volta (anche per ampi riferimenti alle fonti potenzialmente utilizzabili per la compiuta ricostruzione in proposito della riflessione dei giuristi) a T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale*, cit., pp. 20-21 e spec. p. 37 ss., da cui sembra emergere in particolare l'immagine di una progressiva e consapevole ricostruzione in seno alla giurisprudenza di una serie di criteri che consentono di tenere opportunamente distinti - in relazione ai diversi rapporti astrattamente azionabili all'interno del giudizio - il "*totum*" corrispondente all'integralità della pretesa che si può far valere con l'esercizio della azione e la "*pars*" dello stesso concretamente azionata su iniziativa dell'attore, da cui dipende naturalmente la conseguente ed eventuale attuabilità dei rimedi predisposti al fine di contrastare la domanda frazionata. Una volta individuata tale generale tendenza alla considerazione unitaria dei rapporti giuridici e alla conseguente distinzione tra pretese complessivamente azionate e pretese *pro parte*, il medesimo autore indaga inoltre la concreta manifestazione di siffatta impostazione nelle fonti specificamente riferite ai diritti reali (Cap. IV) ed in quelle riguardanti l'attuazione processuale di rapporti obbligatori (Cap. V), concludendo significativamente che in entrambi i casi vi siano nei testi sufficienti indicazioni nel senso di una specifica attenzione per il rapporto intercorrente tra la parte ed il tutto.

⁸¹ Gai. 4.57: *At si in condemnatione plus positum sit, quam oportet, actoris quidem periculum nullum est; sed reus, cum iniquam formulam acceperit, in integrum restituitur, ut minuatur condemnatio. Si vero minus positum fuerit, quam oportet, hoc solum consequitur actor, quod posuit; nam tota quidem res in iudicium deducitur, constringitur autem condemnationis fine, quam iudex egredi non potest. Nec ex ea parte praetor in integrum restituit; facilius enim reis praetor succurrit quam actoribus.*

⁸² Di alcune di queste ulteriori conseguenze della più limitata portata dell'oggetto del processo rispetto al contenuto effettivo della pretesa azionata si occupa ad es. E. CANTARELLA, *Il minus petere*, cit., p. 102 e p. 103, nt. 11. Sugli illeciti del giudice *qui litem suam fecit* si vedano in particolare F. DE MARTINO, "*Litem suam facere*", in *BIDR*, 91, 1988, pp. 1-36 e A. BURDESE, *Sulla responsabilità del iudex privatus nel processo formulare*, in *Diritto e processo nell'esperienza romana*, Napoli, 1994, p. 153 ss. Quanto alla *restitutio in integrum* nelle specifiche ipotesi di *pluris* e *minoris petitio*, infine, può rinviarsi a R. ORESTANO, "*Plus petitio*" e "*in integrum restitutio*", in *St. Biondi*, 2, p. 227 ss.

ti) in cui la proposizione di una domanda parziale rispetto all'intero della pretesa avrebbe potuto condurre - a discrezione del magistrato - alla *denegatio actionis* nei confronti dell'attore, a loro volta riconducibile alla problematica di fondo del frazionamento della lite soltanto nel senso - meramente indiretto - che quest'ultima avrebbe potuto costituire uno dei presupposti per la sua applicazione nel contesto del processo⁸³, senza tuttavia che il relativo rimedio possa per questo considerarsi come una reazione specifica al fenomeno in esame. In tutte queste ipotesi, si è quindi preferito rinunciare in radice a un esame specifico delle fattispecie processuali potenzialmente interessate (la cui labile connessione con il tema dell'indagine avrebbero potuto compromettere la coerenza del discorso), concentrandosi piuttosto in maniera esclusiva sui soli meccanismi concretamente operanti nella procedura *per formulas* che appaiano effettivamente diretti - in modo specifico e incontestabile - a sanzionare la scelta compiuta dall'attore di agire per parti anziché per l'intero.

4.1. L'originale soluzione del diritto romano: l'eccezione di lite divisa

Diversamente da quanto potrebbe suggerire la sua ben nota tendenza a immedesimare la dimensione sostanziale del diritto soggettivo con la possibilità di agire in sede giudiziale,⁸⁴ l'esperienza processuale romana non ha radicalmente escluso - in via di principio - la possibilità di far valere la medesima pretesa in una pluralità di giudizi tra di loro distinti. Nella dimensione classica della procedura *per formulas*⁸⁵, infatti, la scelta dell'attore di parcellizzare la domanda in separati processi contro lo stesso avversario costituiva l'oggetto di un'attenzione specifica della riflessione dei giuristi e di un'autonoma disciplina a livello processuale, dando luogo al fenomeno

⁸³ In generale, sulla figura della *denegatio actionis* e le differenti situazioni processuali a fondamento della stessa H. LÉVY-BRUHL, *La denegatio actionis sous la procédure formulaire*, in TR, 6 (1924), p. 383 ss.; A. METRO, *La denegatio actionis*, Milano, 1971; e C. IMPALLOMENI, *La "denegatio actionis" e l'"exceptio" in diritto romano in relazione con l'eccezione rilevabile e non rilevabile d'ufficio in diritto moderno*, in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, p. 633 ss.

⁸⁴ Un'efficace descrizione di questo particolare approccio della scienza giuridica nell'esperienza romana (rispetto alla quale la romanistica tedesca parla enfaticamente di "*Aktionerechliches Denken*") si può leggere in M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*, Milano, 2013, p. 138 ss. In generale sul particolare rapporto tra diritto ed azione nell'esperienza classica del processo romano v. H. KAUFMANN, *Zur Geschichte des aktionenrechtlichen Denkens*, in *Juristenzeitung*, 19 (1964), p. 482 ss.

⁸⁵ Per un generale inquadramento dei caratteri fondamentali della procedura *per formulas* e del suo svolgimento rispetto agli altri modelli processuali che hanno segnato storicamente l'esperienza romana si veda - per tutti - M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., spec. p. 149 ss.

comunemente indicato nelle fonti dell'epoca come *minus petere* o *minus intendere* (da cui la sua frequente qualificazione - nella scienza romanistica - nei termini sostantivati di *minus* o *minoris petitio*⁸⁶). Con tale espressione, che nei testi giuridici si trova invero prevalentemente impiegata nelle forme composite più sopra richiamate⁸⁷, le fonti si riferiscono appunto - in termini tecnici - alla condotta dell'attore consistente nella limitazione dell'ampiezza dell'*intentio* inserita nella formula ad una parte soltanto della pretesa giuridica con quest'ultima azionata, da cui discende - per l'effetto - una correlativa limitazione dell'oggetto devoluto all'interno del giudizio e con esso degli eventuali effetti consuntivi dell'azione derivanti dalla pronuncia favorevole a chi agisce. Ciò che sarebbe verosimilmente avvenuto, sotto il profilo tecnico della redazione della formula, attraverso l'inserimento - prima dell'*intentio* corrispondente alla pretesa - di un'apposita *praescriptio* (in favore dell'attore) volta appunto a circoscrivere l'estensione della prima a una frazione del rapporto astratta-

⁸⁶ Scarsa e frammentaria risulta invero l'attenzione dedicata alla questione dalla letteratura romanistica, anche recente, ove il problema è stato per lo più affrontato - in via incidentale - nel quadro più generale delle problematiche di redazione della *formula* o delle conseguenze della portata di quest'ultima sugli effetti preclusivi della *litis contestatio*. Tra i non molti lavori che hanno più specificamente affrontato il problema della *minoris petitio* quale autonoma vicenda dell'esercizio dell'azione possono invece ricordarsi, in modo particolare, D. DAUBE, "*Exceptio litis dividuae*" in *D. 12,1,13,1*, in *RIDA*, III, 6 (1959), p. 313 ss.; E. CANTARELLA, *Il "minus petere" e le sue conseguenze nel processo formulare*, cit.; G. SACCONI, *La "pluris petitio" nel processo formulare*, cit.; e soprattutto i diversi contributi di T. DALLA MASSARA che negli ultimi anni sono ritornati sulla questione specialmente nell'ottica (che interessa anche in questa sede) di individuare nella disciplina romanistica del fenomeno un modello alternativo rispetto alle contestabili soluzioni dell'ordinamento vigente: T. DALLA MASSARA, *Frazionabilità della domanda e principio di buona fede*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti in onore del Professor Alberto Burdese*, Padova 2003; ID., *La domanda parziale nel processo romano*, cit.; ID., *Eccezione di dolo generale, 'exceptio litis dividuae' e domanda frazionata*, cit.; e ID., *In tema di domanda parziale: D. 46.8.4 (Scaev. 13 quaest.)*, in *Fides Humanitas Ius, Studi in onore di Luigi Labruna*, Napoli, 2007. Sempre sul tema si veda anche - pur nella sua brevità - la voce enciclopedica ad opera di F. BONIFACIO, s.v. "*Exceptio litis dividuae et rei residuae*", in *NNDI*, VI, Torino, 1960, p. 1081.

⁸⁷ La locuzione *minus* o *minoris petitio* modernamente impiegata per riferirsi al fenomeno non compare infatti - in questi termini - in alcun luogo delle Istituzioni classiche o della raccolta del Digesto, ove la relativa condotta e le situazioni processuali dalla stessa derivanti vengono piuttosto identificate con le locuzioni verbali sopra menzionate o tutt'al più per il tramite di più articolate perifrasi. La diversità a livello terminologico, non compromette peraltro in alcun modo la tendenziale unitarietà del fenomeno indagato, il quale coincide sostanzialmente (come si è visto in apertura) con quello finora qualificato come domanda parziale o frazionamento della lite. Pur nel silenzio delle Istituzioni di Gaio sullo specifico contenuto delle relative condotte, del resto, la corrispondenza delle stesse al fenomeno descritto appare agevolmente ricavabile - se non altro *a contrario* - dall'espressa definizione del contrapposto fenomeno della *pluris petitio*, che in Gai. 4.53 viene invece esplicitamente qualificata come la condotta dell'attore *quis intentione plus complexus fuerit* (chiarendo in questo modo che il comportamento di cui si tratta consiste precisamente nella formulazione di un'*intentio* con contenuto più ampio rispetto a quello della pretesa di cui questi è titolare dal punto di vista sostanziale).

mente azionabile⁸⁸, il quale sarebbe stato altrimenti integralmente devoluto nel contenuto della formula e reso pertanto oggetto specifico del successivo accertamento condotto dal giudice. Per effetto della *minoris petitio* realizzata *in iure*, la *litis contestatio* conclusa dalle parti dinanzi al magistrato avrebbe invece riguardato unicamente i profili espressamente contemplati nella suddetta *praescriptio*, lasciando di conseguenza l'attore vittorioso nel medesimo processo libero di agire in un secondo giudizio onde ottenere il residuo (posto che quest'ultimo sarebbe rimasto obiettivamente escluso - nei termini suddetti - dagli effetti preclusivi del precedente giudicato). Ferma restando la possibilità tecnicamente riconosciuta al *minoris petens* nel senso della determinazione dell'oggetto della pretesa (e così del giudizio), l'ordinamento processuale classico contempla tuttavia - a certe condizioni - anche una potenziale conseguenza negativa a carico del medesimo soggetto che si sia reso in questo modo responsabile di una volontaria limitazione degli effetti dell'*intentio*. Difronte a una simile parzialità dell'iniziativa processuale intrapresa dall'attore, la parte che fosse stata convenuta in un secondo giudizio per far valere nei suoi confronti la pretesa del residuo poteva infatti richiedere ed ottenere dal pretore la concessione di uno specifico strumento di difesa processuale nelle forme di un'eccezione, la quale assume - nel lessico delle fonti - l'eloquente qualificazione di *exceptio litis dividuae* (laddove l'aggettivo *dividuus* è evidentemente da intendersi riferito alla circostanza che la pretesa azionata corrisponda ad un aspetto parziale della posizione astrattamente unitaria che forma oggetto della lite⁸⁹). Dell'esistenza dello strumento in esame e del suo concreto funzionamento nello specifico contesto della procedura *per formulas* una testimonianza fondamentale (e pressoché esclusiva) è offerta in particolare dalle Istituzioni di Gaio, le quali se ne occupano in primo luogo nel contesto della più generale

⁸⁸ Che la *praescriptio pro actore* (a differenza di quella introdotta nel giudizio a tutela del *reus*) assolvesse primariamente allo scopo di contenere la portata dell'*intentio* entro limiti oggettivi definiti dalla parte appare del resto testimoniato dalla stessa rappresentazione che Gaio ne offre nelle sue Istituzioni (Gai. 4.131), dalla quale emerge in maniera inequivoca come l'inserimento nella formula di questa specifica clausola avesse appunto lo scopo di delimitare in varia misura l'estensione del giudizio. In questo senso, v. anche E. CANTARELLA, *Il minus petere*, cit., pp. 101-102. Più in generale sulla funzione e i contenuti di questa *pars formularum* v. C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, Torino, 1982, p. 121 ss., il quale distingue tra l'altro fra casi in cui la *praescriptio* rappresenta per l'attore una "necessità tecnica" finalizzata ad evitare il correlativo rischio della *pluris petitio* e casi in cui dipende invece da una scelta volontaria compiuta dallo stesso a fronte di una pretesa integralmente azionabile (ed è ovviamente a questa seconda circostanza che il fenomeno del *minus petere* in questa sede considerato appare più agevolmente riconducibile, posto che in questi casi può effettivamente riconoscersi un'intenzione dell'attore nel senso di attuare un frazionamento della lite).

⁸⁹ In questo senso, T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale*, cit., p. 19 e ntt. 4 e 5.

trattazione riguardante il contenuto (certo o incerto) dell'azione esercitata e così della *condemnatio* pronunciata dal giudice a conclusione del giudizio⁹⁰:

Gai. 4.56

Sed plus quidem intendere, sicut supra diximus, periculosum est; minus autem intendere licet. Sed de reliquo intra eiusdem praeturam agere non permittitur; nam qui ita agit, per exceptionem excluditur, quae exceptio appellatur litis diuiduae.

Nel passaggio riportato, il giurista antoniano si confronta col problema del *minus intendere* in stretto collegamento con il fenomeno speculare della *pluris petitio*, vale a dire con l'ipotesi - assai più ampiamente rappresentata all'interno delle fonti - in cui chi agisce nel giudizio faccia valere una pretesa per qualche verso maggiore rispetto a quella che egli stesso è legittimato a vantare, chiedendo in questo senso nei riguardi dell'avversario qualcosa «di più» di quanto effettivamente gli spetti⁹¹. Una scelta che comportava in ogni caso, a carico dell'attore artefice della stessa, la più rigorosa conseguenza della perdita della lite e della conseguente impossibilità di riproporre l'azione per l'effetto preclusivo della *litis contestatio* (in questo senso Gai. 4.55⁹²), al punto che la relativa condotta è espressamente qualificata - nel richiamato luogo della trattazione istituzionale - come «pericolosa» per colui che la intraprende (*plus quidem intendere...periculosum est*)⁹³. Il parallelismo con la *pluris petitio*, la quale pote-

⁹⁰ Nessuna menzione dell'istituto in esame o del suo concreto funzionamento all'interno del processo appare invece reperibile nella Compilazione giustiniana; ciò che appare giustificabile - in termini storici - per le suddette trasformazioni nel trattamento processuale delle situazioni corrispondenti alla *minoris petitio* dell'epoca classica intervenute con l'affermarsi della *cognitio extra ordinem* e per effetto delle riforme che ne hanno accompagnato la progressiva diffusione e il definitivo avvicendamento con il processo *per formulas*. Sul punto F. BONIFACIO, s.v. "*Exceptio litis diuiduae*", cit., p. 1081.

⁹¹ Alla *pluris petitio* e ai suoi possibili effetti sulle sorti dell'azione all'interno del processo la dottrina romanistica ha dedicato un'attenzione assai più ampia e approfondita. Sul punto ci si limita a richiamare, tra gli altri, G. PROVERA, *La pluris petitio nel processo romano, I, la procedura formulare*, Torino, 1958 (su cui M. KASER, in *Iura* 10 (1959), p. 263 ss.); W. WIEGAND, *Plus petitio*, Berlin, 1974; G. SACCONI, *La pluris petitio nel processo formulare. Contributo allo studio dell'oggetto del processo*, Milano, 1977; H.D. SPENGLER, *Studien zur interrogatio in iure*, München, 1994 e R. ORESTANO, L. SCHNORR VON CARLSFELD, s.v. "*Pluspetitio*", in *Real-Enc.*, XXI, p. 616 ss. Ulteriori riferimenti alla letteratura in materia in M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 323, nt. 14.

⁹² *Si quis intentione plus complexus fuerit, causa cadit, id est rem perdit, nec a praetore in integrum restituitur, exceptis quibusdam casibus, in quibus praetor non patitur* [... vv. 2].

⁹³ Non sfugge - tra l'altro - l'evidente continuità tra il riferimento alla pericolosità del *pluris intendere* in questo modo effettuato e la riconduzione alla medesima tematica del *periculum* processuale di ulteriori comportamenti, in tutto o in parte distorsivi delle finalità del processo, di cui il giurista si occupa in altri luoghi del suo manuale (quali le *sponsio* processuali prestate dalle parti o il *sacramentum* delle

va estendersi a seconda dei casi ad una serie di ipotesi notevolmente diverse⁹⁴, suggerisce peraltro che lo speculare regime del *minus intendere* dovesse avere per i romani una portata assai maggiore di quella che oggi si attribuisce, in termini generali, al corrispondente fenomeno della domanda frazionata, estendendosi non soltanto alle ipotesi di frazionamento di un diritto (generalmente) di credito, ma anche all'attivazione per parti di un rapporto reale e ad ogni altro caso di inesatta corrispondenza fra la pretesa e l'azione per effetto delle modalità di determinazione dell'*intentio*. Rispetto alla *pluris petitio*, ad ogni modo, il *minus intendere* appare caratterizzato - sotto il profilo qualitativo - da una valutazione decisamente più benevola e di minore gravità, apparendo generalmente connotato alla stregua di una scelta processuale perfettamente lecita (*minus autem intendere...licet*) e come tale non qualificabile - a differenza del primo - alla stregua di una condotta giuridicamente «pericolosa» dal punto di vista dell'attore⁹⁵. Quest'ultima affermazione viene tuttavia prontamente integrata, nel seguito del discorso, precisando che all'attore non è consentito (*non permittitur*) agire in questo senso dinanzi allo stesso pretore (*intra eiusdem praeturam*), essendogli in tal caso opponibile (su iniziativa del convenuto) la suddetta eccezione di lite divisa (*per exceptionem...excluditur, quae exceptio appellatur litis dividuae*). Una precisazione che, pur dando luogo a un apparente paradosso nella misura in cui il *minus petere* appare al tempo stesso connotato come una condotta generalmente ammissibile e come un'attività a cui l'avversario può utilmente contrapporre una difesa ostativa, rappresenta invero, come si avrà modo di precisare nelle prossime pagine, il nucleo essenziale su cui poggia la disciplina formulare della domanda frazionata. Dell'eccezione di lite divisa, l'autore delle Istituzioni si occupa poi - nuovamente e in modo più specifico - in un passaggio successivo dello stesso manuale, laddove egli

ll.aa.), a loro volta qualificati - nei termini suddetti - da un rischio potenziale a carico della parte responsabile della condotta di subire per effetto di essa una conseguenza negativa all'esito del giudizio.

⁹⁴Le fonti distinguono - correlativamente - fra quattro figure di *pluris petitio*: Gai. 4.53, a-d: *Plus autem quattuor modis petitur: re, tempore, loco, causa. Re, uelut si quis pro X milibus, quae ei debentur, XX milia petierit, aut si is, cuius ex parte res esset, totam eam aut maiore ex parte suam esse intenderit. 53b. Tempore, uelut si quis ante diem uel ante condicionem petierit. 53c. Loco, uelut si, quod certo loco dari promissum est, id alio loco sine commemoratione eius loci petatur, uelut si is, qui ita stipulatus fuerit: EPHESI DARE SPONDES? deinde Romae pure intendat dari sibi oportere. [...vv. 1...] DARE MIHI OPORTERE [... vv. 2 1/2 ...] petere, id est non adiecto loco. 53d. Causa plus petitur, uelut si quis in intentione tollat electionem debitoris, quam is habet obligationis iure, uelut si quis ita stipulatus sit: SESTERTIVM X MILIA AVT HOMINEM STICHVM DARE SPONDES?*

⁹⁵Per la tendenziale liceità delle condotte in cui si sostanzia il *minoris petere* che appare ricavabile dall'inquadramento generale del fenomeno nella trattazione di Gaio sulla *pluris petitio* v. anche CANTARELLA, *Il minus petere*, cit, p. 100 e T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale*, cit, p. 18 e p. 24 ss.

illustra la *summa divisio* delle eccezioni processuali in eccezioni *peremptoriae* (o perpetue) ed eccezioni *dilatoriae* (o temporali), le quali si distinguono principalmente per il differente regime della loro applicazione sotto il profilo temporale⁹⁶:

Gai. 4.122

Dilatoriae sunt exceptiones, quae ad tempus valent, veluti illius pacti conventi, quod factum est verbi gratia, ne intra quinquennium peteretur; finito enim eo tempore non habet locum exceptio. Cui similis exceptio est litis dividuae et rei residuae. Nam si quis partem rei petierit et intra eiusdem praeturam reliquam partem petat, hac exceptione summovetur, quae appellatur litis dividuae; item si is, qui cum eodem plures lites habebat, de quibusdam egerit, de quibusdam distulerit, ut ad alios iudices eant, si intra eiusdem praeturam de his, quas distulerit, agat, per hanc exceptionem, quae appellatur rei residuae, summovetur.

Occupandosi in particolare delle eccezioni dilatorie (vale a dire di quelle opponibili all'attore soltanto entro un termine preventivamente stabilito), Gaio vi riconduce espressamente - a titolo esemplificativo - proprio l'eccezione in questa sede considerata, accostata in tal senso (per un verso) all'*exceptio pacti conventi* con cui l'attore si sia impegnato a non agire prima del termine di un quinquennio, e per altro verso ad una oscura e non meglio individuata *exceptio rei residuae*⁹⁷. Coordinata con il testo precedente, siffatta collocazione dell'istituto in esame tra le eccezioni temporalmente circoscritte entro un termine definito significa che la condotta dell'attore volta ad at-

⁹⁶ Sulla distinzione fra eccezioni perentorie ed eccezioni temporali si veda, in particolare, S. SOLAZZI, *Sulla classificazione delle "exceptiones"*, in *Arch. giur.*, 37 (1949), p. 3 ss. (ora anche in ID., *Scritti di diritto romano*, Napoli, 1972, p.142). Ulteriori considerazioni sul punto, specie in rapporto alla tecnica formulare, in T. KIPP, *Über dilatorische und peremptorische Exceptionen*, in *ZSS*, 42 (1921), p. 328 ss.

⁹⁷ Tale eccezione e il suo difficile rapporto con quella relativa alla divisione della lite rimangono al di fuori dell'oggetto specifico del presente lavoro. Il testo gaiano, del resto, che è l'unico in cui vi si faccia espressamente riferimento, non ne individua in alcun modo i tratti distintivi rispetto alla prima eccezione. Per un tentativo di inquadramento dell'istituto v. W.W. BUCKLAND, *Exceptio rei residuae*, in *RIDA*, 11, (1932), p. 301 ss. ed E. CANTARELLA, *Il minus petere*, cit., p. 128 ss. Nel senso della disciplina congiunta di entrambe le eccezioni nella medesima disposizione editale F. BONIFACIO, s.v. *Exceptio litis dividuae*, cit., p. 1081, secondo il quale (in assenza di indicazioni più specifiche nel resoconto gaiano) potrebbe immaginarsi che essa trovasse applicazione laddove l'attore proponesse dinanzi allo stesso pretore solo alcune delle molteplici cause (*plures lites*) da lui azionabili contro il medesimo soggetto, richiedendosi tuttavia - anche in questo caso - una certa connessione oggettiva tra le azioni astrattamente esperibili. In senso parzialmente analogo, G. SACCONI, *La plures petitio*, cit., p. 239 ss. e T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale*, cit., pp. 27 ss., il quale conclude che - a prescindere dalla parziale diversità delle situazioni tutelate (peraltro difficilmente ricostruibile) - l'*exceptio rei residuae* possa nella sostanza considerarsi funzionalmente equiparabile a quella di lite divisa.

tuare una suddivisione della causa, pur essendo lecita e tendenzialmente ammissibile, poteva in effetti considerarsi tale soltanto alla scadenza del termine suddetto, prima della quale la medesima scelta (per quanto in astratto validamente effettuabile) sarebbe stata normalmente impedita dalla contrapposta proposizione dell'eccezione in esame. La scelta di agire *de reliquo* dopo aver promosso una domanda frazionata, in altri termini, non risultava sanzionata *sic et simpliciter* al pari di una condotta radicalmente inammissibile (come sarebbe avvenuto - in ipotesi - rendendole opponibile un'eccezione di dolo) ma per mezzo di una sanzione di carattere «relativo» e temporalmente delimitato, vale a dire riconoscendo al convenuto una specifica difesa nei confronti della stessa esperibile tuttavia entro termini ben precisi. Tale è del resto la funzione caratteristica dell'eccezione dilatoria, la quale non comporta un accertamento del giudice su fatti rilevanti ai fini del giudizio (quali una condotta dolosa o l'esistenza di un precedente giudicato), ma più semplicemente la considerazione di determinati fatti o atti delle parti - anteriori o contestuali al giudizio - che impongono per una qualche ragione di differire la tutela ad un momento successivo⁹⁸ Quale doveva apparire, nei termini suddetti, anche la scelta dell'attore di agire nuovamente in un processo distinto onde far valere una pretesa già azionata - sia pur in misura parziale - in un precedente giudizio contro il medesimo soggetto.

Dalla combinazione di queste brevi ma incisive testimonianze gaiane si può quindi ricostruire - con relativa attendibilità - il peculiare regime della domanda frazionata nel processo *per formulas*: mentre l'attore era in astratto perfettamente libero di azionare dapprima una porzione della pretesa e di agire per il residuo in un secondo momento, laddove la seconda domanda fosse stata avanzata prima di un certo periodo (corrispondente in questo caso alla durata della pretura) ad essa sarebbe stata opponibile - su iniziativa del *vocatus* - l'eccezione di lite divisa (o quella *rei residuae*) e l'attore avrebbe conseguentemente perduto la lite incominciata per seconda e con essa la possibilità di agire nuovamente per ottenere il residuo. In questo caso, infatti, la riconosciuta fondatezza dell'eccezione proposta ed il conseguente rigetto della do-

⁹⁸ Gai. 4.123: *Observandum est autem ei, cui dilatoria obicitur exceptio, ut differat actionem; alioquin si obiecta exceptione egerit, rem perdit; non enim post illud tempus, quo integra re eam evitare poterat, adhuc ei potestas agendi superest re in iudicium deducta et per exceptionem perempta*. La differenza è efficacemente tratteggiata in T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale*, cit., p. 27.

manda per il residuo avrebbero determinato per conseguenza il prodursi degli effetti preclusivo-consuntivi della *litis contestatio* sulla *res* azionata⁹⁹, in alcun modo rilevando che il rigetto della domanda sia dipeso in concreto dall'accoglimento di un'eccezione di carattere dilatorio anziché dall'eventuale infondatezza delle pretese azionate o dall'efficace opposizione di un'eccezione perentoria¹⁰⁰. Se da un lato il regime processuale in tal modo predisposto consentiva in astratto il frazionamento della lite, dunque, dall'altro lato esso lo assoggettava nella prassi ad un preciso vincolo di natura temporale, sanzionando duramente (con la perdita della lite) l'eventuale decisione di sottrarsi a quest'ultimo ed imponendo di conseguenza all'attore che avesse agito volutamente per una frazione dell'intero (ma intendesse cionondimeno ottenere il residuo) di differire l'ulteriore esercizio della propria pretesa fino al termine della carica dell'attuale pretore. Ciò che è efficacemente espresso - nel richiamato frammento della trattazione gaiana sulle eccezioni dilatorie (Gai. 4.123) - evidenziando come l'effetto della proposizione delle stesse all'interno del giudizio sia quello di costringere la parte interessata a rimandare l'azione al fine di evitare di veder soccombere il proprio diritto anche per l'epoca successiva al periodo di esperibilità dell'*exceptio* ([...] *non enim post illud tempus, quo integra re eam evitare poterat, adhuc ei potestas agendi superest re in iudicium deducta et per exceptionem perempta*).

Restano ora da indagare - in maniera più specifica - le ragioni funzionali della soluzione «differenziale» in questo modo individuata a fronte del fenomeno del frazionamento della lite, ossia - da un lato - della riconosciuta legittimità della domanda parziale intrapresa dall'attore dinanzi a un altro magistrato e - per altro verso - del differimento temporale imposto alla parte in via d'eccezione prima di poter attivare

⁹⁹ Sul punto, rimane fondamentale l'estesa monografia di E.I. BEKKER, *Die prozessualische Konsumtion im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1853 (rist. Aalen, 1978), spec. p. 326 ss.

¹⁰⁰ Sull'identità di conseguenze preclusive in caso di accoglimento di un'eccezione perentoria o di una dilatoria si veda V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, XIV, Napoli, 1985, p. 134, ove si precisa, molto opportunamente che "la distinzione si riferisce soltanto alla convenienza di intentar l'azione, non già agli effetti che ha l'inserzione dell'*exceptio* nella formula", così che in entrambi i casi, accolta l'eccezione, "l'assoluzione del convenuto verrebbe pronunciata con efficacia non provvisoria ma definitiva". In senso analogo, T. DALLA MASSARA, *In tema di domanda parziale: D. 46.8.4*, cit., p. 1297 e ID., *La domanda parziale*, cit., p. 26 ss., il quale rileva in proposito - anche sulla scorta dell'ulteriore testimonianza di D. 44.1.3 (Gai. *I ad Ed. prov.*) - come il regime processuale delle eccezioni dilatorie si distingua dunque da quello caratteristico delle eccezioni perentorie soltanto nella misura in cui le prime non precludono in via definitiva l'attuazione della pretesa ma impongono soltanto un suo differimento ad un momento successivo (*non semper locum habent, sed evitari possunt*).

in un secondo giudizio la pretesa del residuo. Al che deve aggiungersi la necessità di spiegare (su basi più precise) le ragioni della corrispondenza tra il differimento temporale in tal modo prescritto e il mandato del pretore attualmente in carica, che potrebbe *prima facie* apparire irragionevole alla luce del fatto che la stessa pretesa così differita sarebbe stata in seguito liberamente azionabile una volta insediatosi un diverso magistrato. Alla luce del suo concreto funzionamento come sinora descritto, appare nondimeno evidente che il principale risultato del regime processuale in questo senso operante nella procedura *per formulas* fosse un equo bilanciamento tra i contrapposti interessi facenti capo alle parti: da un lato, l'interesse dell'attore a far valere il suo diritto in autonome *tranches* e in separati giudizi; dall'altro, l'interesse contrario della sua controparte a non essere convenuta in molteplici occasioni a fronte di una pretesa sostanzialmente unitaria. Un risultato di compromesso di non facile attuazione che si otteneva appunto - nella concreta dinamica dei rapporti processuali - mediante la singolare combinazione (all'apparenza contraddittoria) tra la qualificazione in termini di tendenziale liceità della scelta dell'attore di suddividere la lite e la sanzionabilità della stessa quale condotta «non permessa» ove intrapresa entro il termine della pretura già in corso¹⁰¹. Per effetto della minaccia di vedersi contrapporre l'eccezione dilatoria tratteggiata da Gaio, infatti, l'attore - pur rimanendo formalmente libero di instaurare più giudizi per la medesima causa - veniva posto in concreto di fronte a una chiara alternativa tra due scelte contrapposte: o agire fin dal principio per ottenere l'intero ed esaurire la pretesa (rinunciando così ad agire *de reliquo*); o azionarne in origine soltanto una parte accettando tuttavia di non poter agire nuovamente dinanzi allo stesso magistrato senza perdere la lite per effetto dell'*exceptio*. Con il che si otteneva - sotto il profilo degli effetti - il duplice risultato di incentivare l'attore a «giocare fin da subito tutte le sue carte» (evitando di frazionare la lite e proponendo piuttosto un unico giudizio) e di indurlo a ponderare con particolare at-

¹⁰¹ Non è quindi verosimilmente un caso che la scelta dell'attore di agire nuovamente per la parte residua (prima del termine di validità dell'eccezione) sia qualificata da Gaio come una condotta genericamente «non consentita» (*non permittitur*) anziché nei termini di un illecito *tout court*, posto che quest'ultima qualifica avrebbe comportato l'inaammissibilità della stessa anche al di fuori dei tempi a tal fine stabiliti. Solo con la coesistenza di una qualifica di liceità e illiceità (temporalmente condizionata), del resto, poteva garantirsi un efficace contemperamento tra le posizioni delle parti, garantendo da un lato al *vocatus* un'adeguata protezione del proprio interesse all'integrale definizione della lite ma lasciando al tempo stesso aperto un «varco» per l'attore al fine di promuovere in modo disgiuntivo la propria iniziativa senza rischiare necessariamente di subirne il rigetto; così T. DALLA MASSARA, *Eccezione di dolo generale, exceptio litis dividuae e domanda frazionata*, cit., p. 270.

tenzione la propria scelta processuale in un senso nell'altro (nella consapevolezza che un'iniziativa parziale lo avrebbe costretto ad attendere fino al termine della pre-tura per soddisfarsi integralmente). Ma soprattutto si otteneva l'effetto di sanzionare incisivamente - con la radicale conseguenza della perdita della lite e della sua consunzione - l'eventuale insistenza manifestata dall'attore nel senso di voler agire comunque - prima del lasso di tempo a tal fine prescritto - onde ottenere il residuo della pretesa già azionata (sacrificando con ciò non solo le ragioni dell'avversario ad ottenere un accertamento integrale, ma anche il più generale interesse dell'ordinamento processuale alla massima concentrazione dei diversi giudizi sul medesimo oggetto). A un efficace disincentivo del frazionamento della domanda in sede di esercizio dell'iniziativa processuale si accompagnava così - una volta effettuata la scelta di agire per parti anziché per l'intero - la repressione «chirurgica» e precisamente delimitata delle successive condotte più apertamente ispirate da una finalità vessatoria in quanto manifestamente intraprese al di fuori dei limiti a tal fine riconosciuti, colpite di conseguenza non in quanto tali o in via generale (ché anzi la relativa decisione rimaneva come si è visto sostanzialmente lecita) ma soltanto laddove i modi e i tempi della loro attuazione suggerissero in concreto che esse risultavano dirette a sacrificare nel giudizio - nell'interesse esclusivo della parte che agisce - la contrapposta convenienza dell'avversario (e del processo) ad un'azione per quanto possibile unitaria. È quindi evidente che il cardine fondamentale intorno al quale si sviluppa il meccanismo sanzionatorio «temporalmente selettivo» in questo modo determinato risieda - dal punto di vista tecnico della dinamica processuale - nella dilatorietà dell'eccezione riconosciuta al *vocatus* nelle forme suddette, in forza della quale l'eventuale iniziativa dell'attore di conseguire il residuo viene provvisoriamente ostacolata e resa superflua senza tuttavia impedirla in radice od in forma assoluta, ed anzi precludendone la concreta attuazione soltanto laddove la medesima iniziativa appaia promossa a breve distanza da quella precedente (e dinanzi al medesimo magistrato che ha già deciso su quest'ultima) e quindi più apertamente rivolta a realizzare una lesione degli interessi processuali ad essa contrapposti¹⁰²; primo fra tutti, come più volte osservato, quello

¹⁰² In questo senso può rinviarsi anche a B. VERONESE, *L'improponibilità della domanda frazionata*, cit. p. 5, ove trattando dei peculiari vantaggi della disciplina formulare della domanda frazionata rispetto alle soluzioni proposte negli ordinamenti contemporanei si afferma in particolare che "Si tratta dunque di un'impostazione che ha il pregio di tutelare le ragioni del debitore-convenuto, senza sacrificare necessariamente i diritti del creditore-attore, sanzionando sul piano processuale la condotta scor-

facente capo al soggetto passivo - già condannato nel precedente giudizio - a non subire un ulteriore procedimento per il medesimo rapporto, ma anche - e al tempo stesso - quello (in senso lato «pubblicistico») alla concentrazione dei giudizi con oggetti collegati e ad evitare che il giudice (e lo stesso pretore) siano investiti più volte delle medesime questioni¹⁰³. Il sacrificio di quest'ultimo interesse, del resto, si manifesta evidentemente e con la massima gravità proprio laddove la seconda iniziativa parziale promossa dall'attore nei confronti del convenuto venga intrapresa - per scelta consapevole del primo - ad immediato ridosso (o a breve distanza) da quella precedentemente azionata, mentre appare più ragionevole e facilmente tollerabile (nonostante lo svantaggio ricevuto dal *vocatus*) laddove la pretesa diretta ad ottenere il residuo risulti devoluta dinanzi a un organo differente, posto che quest'ultimo non ha ancora avuto modo di accertare autonomamente il rapporto frazionato e in ipotesi avrebbe potuto decidere - *res melius perpensa* - in un senso diverso rispetto al suo predecessore. Ragione per la quale il differimento della decisione ad un momento successivo al giudizio originario avrebbe potuto favorire in alcuni casi anche il raggiungimento di un accordo tra le parti in ordine alla parte residua della pretesa già azionata, giustificando di conseguenza, anche in tal senso, la liceità della scelta effettuata dall'attore e l'impossibilità di promuovere nei confronti di quest'ultimo la suddetta eccezione.

Nel processo romano dell'epoca classica - in definitiva - il problema della segmentazione di una pretesa giuridica sostanzialmente unitaria su più giudizi a se stanti contro il medesimo soggetto riceveva una risposta precisamente congegnata allo scopo di realizzare un equilibrato bilanciamento tra i diversi interessi collegati al fenomeno,

retta di quest'ultimo attraverso lo strumento dell'*exceptio*, opponibile dal convenuto solo qualora il frazionamento presenti una frequenza temporale troppo stretta [...]

¹⁰³Sull'operatività dell'istituto anche a vantaggio dell'amministrazione della giustizia e della funzione dei magistrati insiste in particolare T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale*, cit., pp. 33-34 e nt. 46, il quale mostra anzi di ritenere, in ultima analisi, che tale fosse l'interesse primario tutelato dall'eccezione: "Dunque mi pare si debba desumere che, alla base dell'*exceptio litis dividuae* [...] fosse sentita primariamente un'esigenza di tutela del magistrato, la quale, in ultima analisi, si sarebbe poi tradotta nell'attuazione di un principio che saremmo indotti a definire di economia processuale". Su tale continuità dell'istituto con la problematica generale dell'economia dei giudizi, il medesimo autore ritorna poi - alle pp. 89-90 del contributo citato - anche nell'ottica più specifica dell'interesse del magistrato (e quindi del giudice) ad affrontare più volte - seppur per parti - la cognizione della medesima lite; ciò che si otterrebbe appunto consentendo di opporre la suddetta eccezione alle eventuali iniziative in tal senso promosse su iniziativa dell'attore, il quale sarebbe di conseguenza indirettamente indotto ad agire unitariamente in un solo processo. Nel senso dell'idoneità del rimedio a proteggere "indirettamente" l'interesse del *vocatus* all'unitarietà della pretesa e l'interesse ordinamentale alla concentrazione delle liti v. anche F. BONIFACIO, s.v. "*Exceptio litis dividuae*", cit., p. 1081.

in grado cioè di tener conto - in un unico momento e con singolare equidistanza - di tutte le ragioni (pubbliche e private) potenzialmente coinvolte dall'iniziativa dell'attore di agire per frazioni, senza per questo privilegiare esclusivamente una soltanto tra le medesime ragioni a discapito delle altre. Mediante il raffinato espediente di un'*exceptio formulare* ad efficacia dilatoria collegata alla durata della pretura già in corso, infatti, siffatta soluzione consentiva di far convivere tra loro - nel medesimo processo - tanto la scelta (astrattamente legittima) del titolare della pretesa di azionarla liberamente in momenti distinti, quanto la contrapposta esigenza, evidentemente avvertita come una necessità processuale parimenti rilevante, di sanzionare nel giudizio chi si avvalsesse in concreto di siffatta facoltà allo scopo di perseguire uno scopo scorretto, abusandone a proprio vantaggio a discapito dell'avversario o comunque compromettendo in misura inammissibile l'efficienza del giudizio. Ciò che avveniva per l'appunto - nei delicati termini che si sono descritti - riconoscendo al *vocatus* il potere di paralizzare in via di eccezione l'iniziativa dell'avversario di procedere *de reliquo* ma limitando l'operatività della medesima eccezione (secondo lo schema caratteristico delle eccezioni dilatorie) entro un lasso di tempo precisamente circoscritto e coincidente con la restante porzione del mandato del pretore, lasciando di conseguenza che l'attore interessato potesse agire liberamente - al termine di questo - per far valere nel giudizio la pretesa residuale originariamente pretermessa. Congegnata in questi termini, la disciplina formulare della domanda frazionata rappresenta pertanto - in chiave sistematica - un'efficace testimonianza della complessa interazione fra il diritto civile e il diritto pretorio che ha connotato - sotto diversi profili - la vicenda evolutiva del diritto (sostanziale e processuale) dell'epoca classica¹⁰⁴. Laddove i principi dell'ordinamento civile consentivano senza limiti la parcellizzazione della lite (da cui il generico *licet* del resoconto gaiano), il diritto onorario interviene infatti in via correttiva attribuendo alla parte potenzialmente danneggiata da simili condotte un rimedio giuridico operante a posteriori e diretto ad escluderne (*non permittitur*) - a determinate condizioni - le conseguenze negative, attenuando in

¹⁰⁴ L'idea di leggere nel fenomeno della *Teilklage* in età formulare una manifestazione della più generale dinamica d'interazione reciproca tra il diritto civile e lo *ius honorarium* di creazione pretoria è suggerita - tra gli altri - da T. DALLA MASSARA, *In tema di domanda parziale*, cit., p. 1296.

tal modo - nelle medesime ipotesi - l'eccessiva rigidità del regime civilistico¹⁰⁵. Tale era del resto la funzione caratteristica della concessione di un'*exceptio* a garanzia del *vocatus*, la quale, accanto alla più radicale misura della *denegatio actionis* nei confronti dell'attore costituiva il tipico meccanismo di intervento del pretore allo scopo di adeguare l'ordinamento vigente alle esigenze della prassi, assicurando alla parte destinataria della stessa una tutela processuale altrimenti non prevista dal diritto più antico¹⁰⁶. Tale *pars formularum* - perentoria o dilatoria che fosse - introduceva infatti nella struttura della formula un ulteriore presupposto per l'accoglimento giudiziale della domanda dell'attore, subordinandola nel caso di specie alla riconosciuta insussistenza delle specifiche condizioni da essa stessa individuate a tutela del *vocatus*. Così anche nel caso della nostra eccezione, la quale condiziona espressamente l'accoglimento della pretesa corrispondente al residuo alla circostanza che nel corso della durata della medesima pretura non sia già stato instaurato - dal soggetto che agisce - un precedente giudizio sul medesimo rapporto. Qualora l'attore avesse deciso cionondimeno di agire per il residuo in immediata sequenza, così, la successiva domanda avrebbe potuto respingersi - su iniziativa del *vocatus* - sulla base della corrispondente eccezione inserita nella formula, la quale gli avrebbe conseguentemente assicurato - per il limitato periodo del suo effetto dilatorio - la piena assoluzione nel conseguente giudizio, e così la prevalenza del suo interesse particolare all'unitarietà della lite a fronte di quello, vantato dall'avversario, nel senso di agire per la porzione rimanente.

Ciò per quanto attiene al concreto funzionamento dell'eccezione formulare che si è appena descritta e all'idoneità della stessa ad operare nel processo quale specifico strumento di repressione pretoria della domanda frazionata promossa dall'attore in determinate circostanze. Incerti e problematici permangono invece - al di là degli effetti che si sono evidenziati - tanto la genesi del meccanismo processuale in questo

¹⁰⁵ Sulla funzione «correttiva» del diritto pretorio e, più in generale, sull'interazione fra quest'ultimo e i principi ereditati dall'antico *ius civile* nella determinazione della concreta fisionomia dell'esperienza processuale romana si veda ad es. A. CENDERELLI, *Scritti romanistici*, Milano, 2011, p. 377 ss.

¹⁰⁶ Sul ruolo dell'*exceptio* quale modalità di intervento del diritto onorario si veda L. FASCIONE, *Storia del diritto privato romano*, Torino, 2012, p. 200 ss., nonché (con più ampi riferimenti bibliografici) M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*, cit., p. 160 ss. Sul versante delle fonti, si può ricordare D. 44.1.2.pr. (Ulp. 74 ad Ed.): *Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est*. Più in generale sulla funzione dell'eccezione nel quadro complessivo del processo *per formulas* può invece rinviarsi a G.I. LUZZATTO, *Eccezione: Diritto romano*, Milano, 1965, *passim*.

senso operante, quanto il tenore letterale dell'eccezione in esame, di cui le fonti non conservano del resto alcuna traccia specifica né forniscono all'interprete indicazioni oggettive utili a proporne una ricostruzione indiretta¹⁰⁷. Nei medesimi brani del manuale istituzionale che alla stessa espressamente si riferiscono e che si sono richiamati per descriverne la funzione, lo stesso Gaio sembra anzi manifestare sotto questi profili una certa insicurezza, scorrendo dapprima di un'*exceptio litis dividuae et rei residuae* come se si trattasse di un'unica figura funzionalmente indistinguibile ma descrivendole poi - sotto il profilo funzionale - quali strumenti autonomi e parzialmente differenti (ciascuno dei quali appare in effetti ricondotta a situazioni distinte). Altrettanto problematica risulta inoltre - stante il silenzio al riguardo delle richiamate testimonianze - la questione relativa alla natura edittale o puramente casistica della eccezione di cui trattasi, in merito alla quale sono state avanzate ipotesi differenti senza giungere tuttavia (come si rinuncia inevitabilmente a fare anche in questa sede) a una conclusione condivisa¹⁰⁸. Né appare facilmente districabile - con riguardo al regime della medesima *exceptio* - l'interrogativo riguardante i rapporti tra la stessa e l'eccezione di dolo facente capo al *vocatus*, la cui rilevanza per la corretta comprensione dell'istituto in esame appare invero suggerita dalla stessa circostanza che i due stru-

¹⁰⁷ Nessun riferimento immediato all'eccezione in parola è contenuto, come si è visto, all'interno dei Digesti. Un richiamo indiretto all'operatività della stessa potrebbe tuttavia individuarsi, secondo taluni, in una serie di frammenti del Digesto che, pur non richiamandosi espressamente allo strumento di cui trattasi (fors'anche in ragione di un'elisione in tal senso in sede compilatoria), apparirebbero cionondimeno riconducibili a fattispecie di applicazione dello strumento in esame. Tale sarebbe il caso, in modo particolare, di D. 6.1.44 (Gai. 29 *ad Ed.*) e di D. 46.8.4 (Scaev. 13 *Quest.*), che appaiono invero largamente interpolate e si riferiscono a ben guardare al più generale problema del rapporto fra la parte ed il tutto della pretesa azionabile, ma soprattutto di D. 12.1.13.1 (Ulp. 26 *ad Ed.*), laddove si tratterebbe in modo specifico di una fattispecie di opponibilità dell'eccezione in esame a fronte dell'azionamento per porzioni consecutive di un rapporto di mutuo. Sul punto si veda in particolare D. DAUBE, *Exceptio litis dividuae in D. 12.1.13.1*, cit. Un tentativo di ricostruzione del testo dell'*exceptio* è stato intrapreso da A. PALERMO, *Studi sulla exceptio nel diritto romano classico*, Milano, 1956, p. 147, ove si ipotizza che essa recitasse “*Si pars rei qua de agitur petita est et intra eiusdem praeturae reliqua pars petitur*”. Più cauto O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum: ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig, 1927 (rist. Aalen, 1985) p. 502, § 270, il quale - pur ipotizzandone la matrice edittale - rinuncia tuttavia a fornire indicazioni più specifiche circa la sua formulazione.

¹⁰⁸ Dal presupposto di una formulazione edittale dell'eccezione in parola sembrano muovere indirettamente, senza tuttavia fornire delle argomentazioni specifiche, F. BONIFACIO, s.v. “*Exceptio litis dividuae*”, cit., p. 1081 e W.W. BUCKLAND, *Exceptio*, cit., p. 301 ss. In favore della natura non edittale dell'eccezione di cui trattasi si esprime da ultimo T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale nel processo romano*, cit., pp. 88-89, secondo il quale è più probabile che il pretore la concedesse, di volta in volta, come rimedio *in factum* e che la sua stessa denominazione non fosse che il nome in uso nella prassi: “la nostra *exceptio*, pur dotata di proprio nome - non in senso edittale - era probabilmente concessa sulla base di una puntuale valutazione della fattispecie”. Ulteriori considerazioni sul punto in G. NICOSIA, *Exceptio utilis*, in ZSS, 75 (1958), p. 281 ss. e in G. WESENER, *Nichtediktale Einreden*, ibidem, 112 (1995), p. 109 ss. Ai fini della presente ricerca, tendente a concentrarsi in misura prevalente sulla finalità dell'istituto, la questione in esame non appare ad ogni modo determinante

menti eccezionali presentino - per determinati aspetti - degli innegabili tratti di somiglianza reciproca. Al pari dell'eccezione opponibile all'attore che agisca *de reliquo* anteriormente alla scadenza, anche l'eccezione di dolo (nella sua forma generale - più sopra richiamata¹⁰⁹) risponde in effetti a una preponderante funzione di natura processuale, tendendo a sanzionare nel corso della lite le condotte scorrette e contrarie a buona fede poste in essere dall'attore a danno dell'avversario¹¹⁰ ed apparendo pertanto potenzialmente idonea anche a prevenire e reprimere la scelta processuale di agire anticipatamente per ottenere il residuo che si è vista costituire il presupposto specifico dell'*exceptio litis dividuae* riconosciuta al convenuto nel secondo processo. Si tratta dunque di stabilire - se non altro in ipotesi - che cosa distinguesse i due rimedi processuali nella loro applicazione e consenta pertanto di ritenere giustificata la loro coesistenza nonostante la parziale sovrapposizione degli interessi processuali a mezzo di essi tutelati. A tal proposito, una spiegazione plausibile e storicamente convincente potrebbe essere quella, del resto già avanzata da una parte della dottrina¹¹¹, di individuare tra i due strumenti in questo senso raffrontati una relazione giuridica di tendenziale specialità alternativa, ossia di riconoscere nell'eccezione dilatoria di lite divisa un'applicazione «speciale» e autonomamente disciplinata dell'eccezione di dolo. L'eccezione in oggetto, in altri termini, sarebbe stata introdotta quale rimedio specifico per il frazionamento della lite utilizzabile dal *vocatus* - in alternativa alla più generica eccezione di dolo - durante il lasso di tempo in cui l'opposizione al frazionamento era ritenuta ammissibile (vale a dire fino al termine della pretura), qualificandosi dunque - rispetto alla seconda - proprio in ragione del carattere dilatorio del suo funzionamento e della connessa funzione di bilanciamento reciproco tra gli interessi delle parti (ciò che il carattere esclusivamente perentorio dell'*exceptio doli ge-*

¹⁰⁹ *Supra*, pp. 24-25.

¹¹⁰ Si ricordi, in proposito, il tenore formulare dell'eccezione di dolo generale o presente espressamente ricavabile dalle Istituzioni di Gaio (Gai. 4.119: [...]) SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO Aⁱ Aⁱ FACTVM SIT NEQVE FIAT [...]), la cui ampia formulazione lascia intendere come per il tramite della stessa fosse possibile far valere al cospetto del magistrato qualsivoglia contegno dell'avversario processuale che apparisse contrario per qualche ragione alla necessaria correttezza del rapporto tra le parti, fra i quali avrebbe senz'altro potuto agevolmente ricondursi anche la scelta dell'attore di limitare la pretesa ad una porzione soltanto del medesimo rapporto. Sulla portata e i contenuti del rimedio si veda - in generale - L. GAROFALO (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 2006, ed in particolare - nel contesto di questo - L. LABRUNA, *Note su eccezione di dolo generale e abuso del diritto nelle vedute dei giuristi classici*, p. 123 ss.

¹¹¹ Speculano in tal senso, raccogliendo una suggestione di E. LEVY, *Die Konkurrenz*, I, cit., p. 118, G. PROVERA, *La pluris petitio*, cit., p. 86 ss. nt. 93 e T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale*, cit., p. 89, nonché ID., *Eccezione di dolo, exceptio litis dividuae e domanda frazionata*, cit., p. 268 e nt. 43.

neralis o *praesentis* non avrebbe consentito di attuare in concreto con altrettanta efficienza). La concessione di una (specifica) eccezione dilatoria alla parte danneggiata dalla scorrettezza avversaria nel frazionare la lite, in altri termini, avrebbe consentito di distinguere con maggiore efficacia tra l'esercizio legittimo delle relative condotte (dopo il termine prescritto) e quello effettivamente connotato da un'intenzione scorretta (in quanto anteriore al termine medesimo), permettendo di sanzionare all'interno del processo unicamente le seconde. Il tutto pur rimanendo verosimilmente ammissibile - nel medesimo lasso di tempo ed in via alternativa - anche il ricorso allo strumento (generale) dell'eccezione di dolo, mentre non è inverosimile che, scaduto quel termine, a quest'ultima risultasse opponibile - proprio per evitare che il ricorso alla stessa rendesse inutile l'impiego del più specifico strumento della prima eccezione - una *replicatio doli* a vantaggio dell'attore oramai legittimato ad agire *de reliquo*¹¹². Se tale specializzazione funzionale dell'eccezione di lite divisa rispetto all'*exceptio doli* (*generalis* o *praesentis*) risulta intimamente coerente con le finalità dell'istituto, meno persuasiva appare tuttavia un'ipotetica estensione all'eccezione in esame della connotazione tipicamente soggettiva che contraddistingue per sua natura l'eccezione di dolo, vale a dire l'attribuzione alla prima di una funzione repressiva di comportamenti processuali tecnicamente qualificabili come condotte dolose al pari di quelle specificamente colpite mediante il ricorso alla seconda. Non soltanto, infatti, le limitate testimonianze a nostra disposizione non appaiono fornire elementi sufficienti per ritenere che la concessione al *vocatus* dell'eccezione in parola presupponesse una specifica indagine dell'atteggiamento soggettivo facente capo all'attore¹¹³, ma una

¹¹² In questo senso, T. DALLA MASSARA, *Ibidem*, cit., p. 268 e nt. 43 e ID., *La domanda parziale*, cit. p. 133, nt. 18. Per analoghe suggestioni nel senso della possibile concorrenza dell'eccezione in esame con altri e più ampi rimedi difensivi esperibili nel giudizio si veda anche E. CANTARELLA, *Il minus petere*, cit., p. 114 ss., la quale ne tratta in modo particolare - e con estesi riferimenti alle fonti - con riguardo alle ipotesi di moltiplicazione delle iniziative processuali nello specifico contesto delle azioni penali (ove l'*exceptio litis dividuae* avrebbe potuto assumere le sembianze specifiche di altre eccezioni di natura dilatoria di volta in volta testimoniate dalle fonti con speciale riferimento a quel tipo di giudizi).

¹¹³ Un'indicazione in tal senso potrebbe invece ricavarsi - secondo T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale*, p. 109 ss. (che sul punto riprende e sviluppa alcuni spunti di D. DAUBE, *Exceptio litis dividuae*, cit., p. 318 ss.), dalla già richiamata testimonianza ulpiana di D. 12.1.13.1 in tema di attivazione per parti della pretesa del mutuante, la quale confermerebbe *a contrario* la rilevanza dell'elemento soggettivo del dolo (accanto a quello oggettivo del frazionamento della lite) lascerebbe intendere che la medesima eccezione non venisse autorizzata in presenza di un frazionamento della lite attuato in "buona fede". In senso contrario si vedano invece le osservazioni di E. CANTARELLA, *Il minus petere*, cit., p. 125 ss., secondo la quale l'esclusione dell'applicabilità dell'*exceptio* nella fonte in esame risulterebbe diversamente spiegabile alla luce del fatto che con l'azione processuale in quella sede rappresentata verrebbero fatte valere pretese giuridiche oggettivamente distinte e corrispondenti ciascuna

simile equiparazione tra quest'ultimo strumento e l'eccezione di dolo anche sul versante dei presupposti soggettivi apparirebbe a ben vedere in contrasto con la stessa specialità del primo rimedio rispetto al secondo che si è visto connotare il loro rapporto reciproco, posto che nella perfetta identità dei rispettivi presupposti una differenziazione degli stessi e della loro funzione nei termini suddetti (e così la stessa specificità del delicato meccanismo dell'*exceptio* dilatoria per il caso specifico del frazionamento della lite) avrebbe verosimilmente perduto la propria ragion d'essere. Su queste basi - e pur in mancanza di più univoche conferme riconducibili alle fonti - appare dunque più ragionevolmente ipotizzabile che proprio in ragione della descritta specialità del rimedio in esame rispetto all'ipotesi più generale dell'eccezione di dolo lo stesso risultasse concretamente applicabile all'interno del processo a prescindere dallo specifico accertamento di un'intenzione maliziosa attribuibile all'attore, potendosi per converso promuovere nei confronti di quest'ultimo sulla sola base della circostanza oggettiva rappresentato dalla proposizione *inter eiusdam praeturae* dapprima di un'azione per una parte del dovuto e quindi di un'ulteriore domanda - contro il medesimo soggetto - finalizzata ad ottenere la porzione residua¹¹⁴. Il che non significa, naturalmente, che con il rimedio in esame l'ordinamento non fosse in grado di sanzionare - in alcune circostanze - anche le condotte di frazionamento della lite eventualmente connotate da una specifica intenzione dannosa facente capo all'attore, ma più semplicemente che - accanto alla repressione di queste ultime (astrattamente perseguibile anche sulla base dell'eccezione di dolo) - esso intendeva ostacolare anche quelle iniziative processuali che, pur non essendo volontariamente dirette a danneggiare l'avversario, apparivano cionondimeno incompatibili (in quanto promosse

all'intero rapporto. Ad avviso di chi scrive - ad ogni modo - stante l'obiettivo ambiguità della testimonianza in esame, nessuna delle ricostruzioni a tal riguardo formulate può ritenersi a ben vedere avvalorabile senza ulteriori incertezze, apparendo per converso più prudente circoscrivere ogni ulteriore ipotesi circa un'eventuale rilevanza dell'elemento soggettivo per l'applicazione del rimedio all'osservazione delle caratteristiche funzionali a quest'ultimo attribuibili come sopra sinteticamente ricostruite.

¹¹⁴ In senso favorevole alla ricostruzione dell'*exceptio* in termini oggettivi si è espressa, in particolare, E. CANTARELLA, *Il minus petere*, cit., p. 99 ss. (e spec. p. 125 ss.). Per la ricostruzione della medesima *exceptio* in una chiave sostanzialmente soggettiva e quindi caratterizzata da uno specifico accertamento del presupposto del dolo concludono invece - coerentemente con la menzionata interpretazione di alcuni luoghi delle fonti dagli stessi proposta - D. DAUBE, *Exceptio litis dividuae*, p. 317 ss. e T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale*, cit., p. 109 ss. Secondo quest'ultimo, in particolare, occorrerebbe concludere - a questo proposito - nel senso che "l'arbitrarietà del frazionamento della domanda da parte dell'attore costituisce un presupposto (di natura soggettiva, accanto a quello di natura oggettiva rappresentato dal fatto in sé del frazionamento) perché al convenuto fosse riconosciuto il potere di esperire l'*exceptio*". E quindi una forma specifica di tutela della buona fede processuale.

al di fuori dei limiti consentiti dal sistema) con gli obiettivi da quest'ultimo assegnati alla tutela processuale. Un meccanismo oggettivamente strutturato che era tuttavia in grado di assicurare - nei termini suddetti - un equilibrato bilanciamento non solo tra l'interesse dell'attore alla libera disponibilità della propria pretesa e quello del convenuto a vedersi implicato in un unico processo, ma anche tra il primo e quello più generale (definibile, in termini moderni, come un'esigenza di economia processuale) alla tendenziale riduzione del numero dei giudizi concretamente necessari allo scopo di ottenere la tutela processuale di una situazione giuridica oggettivamente unitaria. In ciò, la soluzione descritta dai giureconsulti romani a fronte della questione del frazionamento della lite si dimostra peraltro assai più equilibrata di quelle faticosamente elaborate nella riflessione attuale, posto che queste ultime, oltre a presentarsi come si è detto tutt'altro che univoche sotto il profilo dogmatico, appaiono fortemente sbilanciate (in un senso o nell'altro) a favore di uno soltanto degli interessi coinvolti; sia esso quello corrispondente alle ragioni dell'attore, come nelle teorie restrittive sugli effetti del giudicato, oppure quello che privilegia le ragioni del convenuto e dell'economia processuale, perseguendo al contrario - sulla base di differenti argomenti - la contrapposta esigenza di concentrazione dei giudizi. Il pregio dell'impostazione romanistica rispetto a quelle suggerite (e praticate) nell'esperienza contemporanea risiede pertanto nel delicato ma efficiente equilibrio che essa riesce a realizzare fra i contrapposti interessi sottesi al fenomeno, dando luogo ad un trattamento processuale della domanda frazionata che non solo assicura una compita regolamentazione della stessa mediante uno strumento (qual è l'eccezione) avente natura puramente processuale, ma che consente al tempo stesso di gestirne più efficacemente gli effetti attribuendo rilievo alla molteplicità di esigenze allo stesso astrattamente riconducibili¹¹⁵.

5. *L'eredità romanistica e il diritto moderno*

Ciò che resta a questo punto da esaminare - a conclusione dell'indagine sino ad ora condotta e completando il percorso inizialmente proposto nei paragrafi introduttivi - è in che modo la lezione ricavabile dall'esperienza storica del processo romano possa

¹¹⁵ In questo senso, oltre al già richiamato T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale*, cit., p. 135 ss., si veda - ancora una volta - B. VERONESE, *L'improponibilità della domanda frazionata*, cit., p. 5 ss.

eventualmente mettersi a frutto anche ai fini di una più compiuta disciplina della domanda frazionata nell'ordinamento contemporaneo, vale a dire a quali condizioni la logica di fondo che si è visto ispirare la raffinata soluzione della procedura *per formulas* sia suscettibile di essere trasposta - con i dovuti adattamenti - nel diverso e tormentato contesto del dibattito attuale sulla parcellizzazione della lite e di superarne, per quanto possibile, le descritte e manifeste aporie offrendo agli interpreti un punto di vista alternativo sulle medesime questioni¹¹⁶. Il che richiede naturalmente una specifica indagine, a cui si intendono dedicare queste pagine conclusive, in ordine ai presupposti e alle ragioni giustificative che possono motivare una simile operazione (storicamente problematica) ed evitare che si traduca in un acritico recepimento di soluzioni antiche e non più praticabili nell'esperienza processuale moderna¹¹⁷. Se la ragione fondamentale per cui dalla dimensione classica del processo formulare potrebbe ricavarsi un utile insegnamento anche ai fini della ricostruzione del problema negli ordinamenti contemporanei è rappresentata, come si è detto, dal peculiare equilibrio raggiunto in quel sistema in ordine al trattamento della domanda frazionata rispetto all'evidente sbilanciamento delle ricostruzioni proposte nel dibattito attuale, due appaiono - in questa prospettiva - gli insegnamenti pratici che se ne possono trarre: da un lato, la necessità di affrontare la questione giuridica del frazionamento della lite sullo stesso piano squisitamente processuale su cui essa si pone (evitando per converso di coinvolgere ulteriori profili specificamente attinenti al diritto sostanziale che rischierebbero di condizionare ed indirizzare a priori la soluzione del problema); dall'altro, la consapevolezza che una soluzione più efficiente e bilanciata rispetto a quelle sino ad ora proposte, e in grado di tener conto dei differenti interessi sottostanti al fenomeno, qual è quella caratteristica dell'esperienza formulare¹¹⁸, è non soltan-

¹¹⁶ *Supra*, par. 3, pp. 18-29.

¹¹⁷ Occorre del resto considerare che, al di là della sostanziale corrispondenza tra le problematiche astrattamente connesse al frazionamento della lite, l'esperienza processuale romana dell'epoca classica è sorta e si è sviluppata in un ambiente e su presupposti profondamente diversi e talora opposti rispetto a quelli caratteristici dei moderni ordinamenti processuali, con la naturale conseguenza che un'immediata trasposizione in questi ultimi delle soluzioni individuate nella prima sul solo presupposto della apparente identità tra i problemi affrontati rischierebbe di ingenerare conclusioni fuorvianti o peggio ancora concretamente inattuabili. Per un'efficace ricostruzione dei pericoli connessi alle potenziali distorsioni derivanti da una lettura storicamente ingenua delle soluzioni romanistiche e della trasferibilità delle stesse negli ordinamenti vigenti si veda G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, 2010, che offre tra l'altro una serie di esempi di identità (false, tratizie e apparenti) tra il diritto romano e gli ordinamenti vigenti.

¹¹⁸ Non stupisce, pertanto, che alcuni fra i più lucidi e consapevoli commentatori ad essersi occupati negli ultimi anni della questione processuale della domanda frazionata, e ad aver apertamente criticato

to tecnicamente possibile ma anche auspicabile alla luce della necessità di valorizzare al tempo stesso sia le esigenze di garanzia del convenuto e dell'economia dei giudizi, che quelle potenzialmente sottese alla scelta dell'attore di segmentare la lite su processi distinti, le quali possono talora risultare a propria volta legittime e meritevoli di tutela. La peculiare logica che ha ispirato storicamente la soluzione caratteristica dell'esperienza romana, come accennato, non può tuttavia riprodursi nell'ordinamento moderno con le stesse modalità e nelle medesime forme che essa tipicamente assumeva nel suo sistema d'origine, poiché fra quest'ultimo ed il processo contemporaneo sussistono delle differenze di carattere strutturale che precludono in radice e rendono problematica una simile trasposizione. A conferma della qual cosa è del resto sufficiente evidenziare come il vigente ordinamento processuale non contempli - sotto il profilo tecnico - uno strumento paragonabile all'*exceptio litis dividuae* (o più in generale al meccanismo caratteristico delle eccezioni dilatorie del processo formulaire), difettando di conseguenza, all'interno del medesimo, la stessa condizione formale tecnicamente imprescindibile per una diretta operatività del meccanismo processuale che si è sopra descritto con specifico riferimento alla procedura *per formulas*. Quest'ultimo può nondimeno offrire, nei termini suddetti, un'importante occasione per la comprensione del problema (e per gli eventuali sviluppi nella soluzione dello stesso) anche nel differente contesto dell'ordinamento moderno, introducendo in particolare - nel dibattito sul punto - una concreta dimostrazione dell'esistenza e della percorribilità storica di una «terza via» rispetto all'alternativa secca, su cui si è sostanzialmente arrestata la riflessione contemporanea, tra rigetto in rito della domanda frazionata e sua ammissibilità senza ulteriori condizioni, ossia di una soluzione più ragionevole, equilibrata e funzionale consistente nella possibilità di valorizzare congiuntamente - e a seconda dei casi - ambedue le prospettive. In quest'ottica di tendenziale arricchimento dell'interprete contemporaneo di una prospettiva differente su una questione attuale, la soluzione romana del problema processuale della domanda

gli insoddisfacenti risultati della riflessione moderna condotta sul punto in dottrina e giurisprudenza, siano stati in molti casi proprio gli studiosi del diritto processuale romano, evidentemente condizionati nella loro prospettiva dalla consapevolezza dell'esistenza della soluzione alternativa e profondamente differenziata offerta in proposito dall'esperienza storica del processo *per formulas*. A testimonianza del fatto che l'indagine di quest'ultima e delle sue peculiarità tecnico-applicative può dimostrarsi idonea ad offrire all'interprete del diritto moderno tanto una nuova chiave di lettura - *de iure condito* - delle soluzioni sinora elaborate nella riflessione contemporanea quanto uno spunto di riflessione - *de iure condendo* - in vista dell'elaborazione di diverse e più efficienti impostazioni concettuali.

frazionata dimostra innanzitutto come la dimensione a cui rivolgersi per affrontare il medesimo nel modo più efficiente non sia tanto quella di valutarne le implicazioni sul piano sostanziale in termini di ammissibilità o fondatezza della pretesa azionata (trattandosi pur sempre di prestazioni a cui l'attore ha formalmente diritto), ma debba piuttosto ricercarsi nella stessa dimensione della disciplina del processo sul cui concreto svolgimento si riflettono gli inconvenienti del frazionamento della lite, e all'interno della quale devono di conseguenza individuarsi anche le possibili soluzioni. Sgomberato in questo modo il campo dai tentativi - tipicamente moderni - di affrontare il problema su basi essenzialmente sostanzialistiche (richiamandosi ad esempio alla questione dei limiti oggettivi del giudicato sostanziale o all'operatività nel processo dei principi negoziali di correttezza e buona fede), rimane tuttavia da affrontare un'incognita di fondo: quella relativa agli strumenti processuali suscettibili di riprodurre (per lo meno mediamente) nel sistema attuale la logica differenziale ed efficacemente compromissoria che si è vista caratteristica del rimedio formulare, realizzando in tal modo una soluzione processuale altrettanto equilibrata pur in mancanza dello specifico meccanismo in via di eccezione con cui questo avveniva nel processo romano. Alla luce di quanto si è visto in apertura del capitolo, tali strumenti non possono identificarsi con quelli finora variamente proposti nel dibattito moderno (effetti del giudicato, espressa riserva di agire per il residuo, buona fede negoziale, ecc.), ma devono ricercarsi in una diversa prospettiva direttamente attinente alla disciplina del processo, così da individuare un meccanismo indiretto idoneo a «riprodurre» gli effetti della *regula* classica nel diverso contesto dei giudizi moderni. In questa prospettiva, una via astrattamente percorribile con le finalità evidenziate è stata individuata dalla dottrina più recente¹¹⁹ nella possibilità di valorizzare - sotto il profilo che ci interessa - una disposizione fino ad oggi scarsamente considerata del nostro Codice di rito, vale a dire l'articolo 92, comma 1 del C.p.c.¹²⁰, il quale consente di sanzionare,

¹¹⁹ Si veda in particolare, con ampi riferimenti alle opinioni concorrenti manifestate da altri autori, T. DALLA MASSARA, *Eccezione di dolo, exceptio litis dividuae e domanda frazionata*, cit., pp. 273 ss., nonché ID., *La domanda parziale nel processo civile romano*, cit., p. 135 ss. e spec. p. 139 ss.

¹²⁰ Art. 92, comma 1 C.p.c. (Condanna alle spese per singoli atti. Compensazione delle spese): “Il giudice, nel pronunciare la condanna di cui all'articolo precedente, può escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice, se le ritiene eccessive o superflue; e può, indipendentemente dalla soccombenza, condannare una parte al rimborso delle spese, anche non ripetibili, che, per trasgressione al dovere di cui all'articolo 88, essa ha causato all'altra parte”. Non offre invece alcun appiglio specifico, ricollegando la condanna alle spese al requisito della soccombenza, il successivo articolo 96 (Responsabilità aggravata): “Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in

con una condanna alle spese indipendente dalla soccombenza, i comportamenti delle parti e dei loro difensori contrari ai doveri di lealtà e probità delle condotte processuali di cui all'articolo 88 dello stesso C.p.c. Se applicata in modo specifico al giudizio (o ai giudizi) successivi con cui si chiede il residuo, la richiamata previsione permette infatti di salvaguardare efficacemente l'interesse dell'attore a parcellizzare la lite (posto che tali domande, come quella azionata per prima per una parte del diritto, verrebbero comunque accolte ancorché frazionate) ma di sanzionare al tempo stesso la sua scelta processuale di non agire fin da subito per l'intero rapporto (poiché all'accoglimento delle domande promesse per il residuo potrebbe in concreto accompagnarsi la sua condanna alle spese). Tutelando in tal modo - nei medesimi giudizi - i contrapposti interessi della controparte processuale e dell'economia complessiva del meccanismo giudiziario, alla concentrazione delle varie pretese in un unico giudizio. Come l'eccezione di lite divisa nel processo formulare, così, la condanna alle spese per violazione dei doveri di lealtà e probità consentirebbe di attuare un equo bilanciamento fra i interessi contrapposti interessi delle parti del processo a fronte della proposizione di una pluralità di giudizi a fronte di un rapporto sostanzialmente unitario, consentendo per un verso a chi agisce nel giudizio di suddividere la domanda in porzioni distinte senza rischiare per questo di subirne il rigetto ma disincentivando per altro verso una scelta di questo tipo con la minaccia di una conseguenza negativa di natura processuale diversa ed autonoma dalla soccombenza nel giudizio. Seppur nell'evidente diversità degli strumenti impiegati, il risultato finale dell'impiego di siffatti istituti nella prospettiva processuale in questo senso suggerita risulterebbe pertanto non meno equilibrato della soluzione caratteristica dell'esperienza romana, poiché si otterrebbe al tempo stesso di colpire l'inefficienza della scelta dell'attore di frazionare la lite senza tuttavia sacrificare - in maniera assoluta - le ragioni di parte potenzialmente sottese alla divisione del *petitum*, ammettendo anzi che tanto la domanda parziale inizialmente proposta quanto quella successiva riferita al residuo (en-

giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza. Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziale o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza". Sullo strumento sanzionatorio della condanna alle spese si veda, in generale F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo, II - Diritto positivo*, Padova, 2000, nonché ID., *L'abuso del processo e la condanna alle spese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, vol. 59 (2005), n. 1, pp. 249-280.

trambe in ipotesi meritevoli di tutela in quanto parimenti connesse a una pretesa fondata) possano trovare accoglimento nonostante la sanzione comminata all'attore¹²¹. «Ripartendo» dalla soluzione del problema classicamente individuata nel processo *per formulas* (o meglio dalla logica di fondo del bilanciamento tra gli interessi delle parti a quest'ultimo sottesa) - in definitiva - sembra possibile promuovere una ricostruzione alternativa della questione processuale della domanda frazionata anche nel contesto dell'ordinamento vigente, ricavandone lo spunto per la valorizzazione di istituti a lungo negletti nella loro funzione ma potenzialmente idonei a riprodurre in quel sistema l'equilibrata soluzione dell'esperienza romanistica, superando con ciò le non poche incertezze finora incontrate nel tentativo di individuare una soluzione efficiente. Il tutto sulla scorta della rivalutazione - mirata e consapevole - di un precedente storico che, come si spera di aver almeno in parte dimostrato in queste sintetiche annotazioni, può offrire ancora molto anche all'interprete attuale.

¹²¹ Da parte di alcuni si è anzi precisato come al medesimo risultato in questo modo ipotizzato sulla scorta del precetto di cui all'art. 92 del Codice di rito potrebbe pervenirsi - in alternativa o in aggiunta allo strumento descritto - anche per il tramite di un più attento ricorso, ad opera degli organi a tal fine competenti, alla responsabilità disciplinare imposta al difensore per la violazione dei doveri di deontologia professionale, specie in considerazione del fatto che non di rado la scelta di procedere al frazionamento della lite dipende a ben vedere da una iniziativa difensiva di tali soggetti piuttosto che da una scelta spontanea delle parti processuali che gli stessi difendono. In questo senso, si veda in particolare T. DALLA MASSARA, *Frazionabilità della domanda*, cit., p. 456, laddove si osserva che “[...] in via complementare rispetto all'applicazione dell'art. 92 C.p.c., non sembrerebbe esclusa, almeno nei casi più gravi, la prospettabilità di una responsabilità deontologica in capo all'avvocato”.

CAPITOLO QUARTO

LA GARANZIA INDIRETTA DELL'UTILITÀ DELLA CONDANNA NEI GIUDIZI RIVOLTI A UNA RESTITUZIONE IN NATURA

1. *Condemnatio pecuniaria ed effettiva soddisfazione della pretesa azionata*

Tra le caratteristiche essenziali della procedura *per formulas*, le quali concorrono a definire tale modello processuale rispetto ad altre esperienze sia antiche che moderne, rientra senz'altro - al pari di ulteriori elementi qualificanti lo stesso quali la *litis contestatio* o la suddivisione in due fasi del meccanismo processuale - anche il carattere necessariamente pecuniario della condanna giudiziaria¹. È infatti

¹ In generale sul principio di pecuniarietà della condanna e la sua centralità nel processo *per formulas* si confrontino - tra gli altri - I. PFAFF, *Zur Lehre von der condemnatio pecuniaria im römischen Formularprozess*, Wien, 1902; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., pp. 164 ss.; D. DAUBE, *Money and Justiciability*, in ZSS, 96 (1979), pp. 290 ss.; R. DÜLL, *Über Textconjekturen zu Gaius Veronensis und zur Frage der Zwangsenteignung im römischen Formularprozess*, in ZSS 96 (1979), p. 290 ss. A. BÜRGE, *Geld- und Naturalwirtschaft im vorklassischen und klassischen römischen Recht*, in ZSS, 99 (1982), p. 128 ss.; A. ROMANO, *Condanna in ipsam rem e condanna pecuniaria nella storia del processo romano*, in Labeo, 28 (1982), p. 131 ss.; H. BLANK, *Condemnatio pecuniaria und Sachzugriff*, in ZSS, 99 (1982), p. 306 ss.; A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria nel diritto romano*, in *Seminarios Complutenses*, 1989, I, p. 175 ss. Più ampi riferimenti alla letteratura in materia - e in special modo ai contributi più risalenti nel tempo - in M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 372, nt. 20. Per un recente ma isolato tentativo di ricostruire su basi diverse il ruolo e la rilevanza del principio in esame si veda A. ROMANO, *Economia naturale ed economia monetaria nella storia della condanna arcaica*, Milano, 1986, *passim* e ID., *Condanna in ipsam rem e condanna pecuniaria nella storia del processo romano*, in Labeo 28 (1982), p. 131 ss. Sul punto v. anche - in senso critico - A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria*, cit., p. 175 e nt. 1 e M. LEMOSSE, *Rec. a Romano, Economia naturale ed economia monetaria*, in RH 64 (1986), p. 607 ss.; Mentre l'operatività del principio nella dimensione storica del processo *per formulas* è sostanzialmente incontestata, ampiamente controversa (e tutt'ora sprovvista di un chiarimento definitivo) rimane in-vece la questione fondamentale riguardante le sue origini. Se da un lato non vi è dubbio che la primo-genita emersione-la matrice storica del principio in esame vada ricercata già all'epoca della più antica procedura delle legis actiones (e in particolare - con ogni probabilità - nella possibilità del pagamento di una pena in denaro per la liberazione del debitore nella struttura tipica dell'antico sacramento), importanti dubbi permangono infatti, per altro verso, tanto in merito all'evoluzione successiva dello stesso meccanismo, quanto alla sua trasposizione nella procedura *per formulas*, rispetto alla quale si contrappongono tradizionalmente, in dottri-

circostanza notoria, e del tutto incontestata, che l'eventuale *condemnatio* pronunciata dal giudice all'esito dell'accertamento dei fatti nella fase *apud iudicem* poteva consistere - quanto meno di regola - unicamente in una quantità di denaro dallo stesso determinata in base a un apposito accertamento del valore della lite. E ciò a prescindere non soltanto dalla tipologia di azione esercitata nel giudizio (sia essa *in rem* ovvero *in personam*), ma anche dallo specifico contenuto della pretesa giuridica di volta in volta azionata (vale a dire indipendentemente dal fatto che quest'ultima presentasse effettivamente un contenuto pecuniario o consistesse piuttosto in una prestazione di natura differente). In ambedue i casi, in altri termini, la formula predisposta dal pretore nella fase *in iure*, ed accettata dalle parti con la *litis contestatio*, avrebbe recato in calce una *condemnatio* espressa in una somma di denaro (fissa o variabile), di fronte alla quale il giudice privato individuato dai litiganti onde dirimere il conflitto non avrebbe avuto altra scelta - in alternativa all'integrale assoluzione - se non quella di condannare il convenuto risultato responsabile per la somma corrispondente a quella così determinata². Né la parte vittoriosa nel medesimo giudizio avrebbe di regola potuto pretendere - in luogo della prestazione in denaro a carico del soccombente - una diversa forma di attuazione processuale dell'interesse azionato (salvo eventualmente potersi soddisfare in modo diretto sulla persona dell'avversario, laddove l'esecuzione patrimoniale della precedente condanna non fosse andata a buon fine). All'opposto principio, caratteristico tra l'altro di tutti i moderni ordinamenti processuali, per cui il contenuto della condanna deve di regola corrispondere al bene della vita fatto valere nel processo, si sarebbe per converso pervenuti - in maniera graduale - soltanto in

na, l'opinione di coloro che vedono in tale continuità rispetto al principio più antico una naturale conseguenza della definitiva affermazione dell'economia monetaria e quella di coloro che vi ravvisano invece un semplice corollario della funzione arbitrale esercitata dal magistrato, inidonea per sua natura a realizzare cogentemente ed in forma diretta le pretese azionate. Sull'esteso dibattito quanto al problema delle origini della *condemnatio pecuniaria*, ci si limita a richiamare - senza pretesa di completezza - C. GIOFFREDI, *Su l'origine della condemnatio pecuniaria e la struttura del processo romano*, L. WENGER, *Zu drei Fragen aus dem römischen Zivil-prozessrechte*, I: *Zur condemnatio pecuniaria*, in ZSS, 59 (1939), p. 315 ss.; U. LÜBTOW, *Ursprung und Entwicklung der condemnatio pecuniaria*, in ZSS, 68 (1951), p. 320 ss.; A. ROMANO, *Economia naturale ed economia monetaria nella storia della condanna arcaica*, cit.; nonché - più di recente - M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 373 e nt. 23-26 (anche per più estesi riferimenti alla letteratura in materia).

² Gai. 4.48: *Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. Itaque, et si corpus aliquod petamus, [.....] velut fundum, hominem, vestem, aurum, argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat*. Per una ricostruzione del contenuto del testo ed una critica delle sue possibili letture v. F. DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius*, II, 1953, p. 264 ss.

epoca successiva: dapprima incidentalmente, con l'affermarsi nel quadro della più ampia discrezionalità del giudice unico delle *cognitiones extra ordinem* della facoltà di pronunciare - accanto alle ordinarie sentenze a contenuto pecuniario - anche pronunce *in ipsam rem* aventi per oggetto ulteriori prestazioni (a fronte delle quali rimanevano peraltro possibili tanto la generica esecuzione patrimoniale della procedura *per formulas* quanto quella in forma specifica direttamente attuata dagli organi giudiziari)³; fino a giungere - nel processo postclassico e in quello giustiniano - al definitivo superamento del principio generale di pecuniarietà della condanna e alla conseguente affermazione - in luogo di quest'ultimo - della più ampia libertà dell'autorità giudiziaria (ormai espressione della potestà statuale) di riempire la sentenza dei più svariati contenuti, oltre che di pretendere l'esecuzione della stessa in forma coattiva con le specifiche modalità ad essa corrispondenti; conservandosi per contro la puntuale esigenza di una *condemnatio* in denaro unicamente nel caso di pretese con lo stesso contenuto ed ai fini del rimborso delle spese del processo⁴.

Se sul piano della tecnica processuale il principio classico della *condemnatio pecuniaria* può giudicarsi un elemento costitutivo della stessa struttura del processo *per*

³ L'ammissibilità di pronunce a contenuto specifico nella *extraordinaria cognitio* è testimoniata tra l'altro dalle fonti epigrafiche sui processi provinciali, nell'ambito dei quali siffatte forme procedurali hanno del resto verosimilmente trovato - quanto meno in origine - la propria più ampia diffusione. A questo proposito - e con speciale riferimento alle testimonianze sul punto nei papiri egiziani - può rinviarsi, in particolare, a R. TAUBENSCHLAG, *Die condemnatio pecuniaria im Rechte der Papyri*, in *Mélanges Levy-Bruhl*, 1959, p. 297 ss. e K. VISKI, *Urteilsbegründung im römischen Zivilprozess*, in *RI-DA*, 18 (1971), p. 745 ss. Maggiori incertezze quanto ai rapporti tra la condanna pecuniaria e la soddisfazione immediata della pretesa giudiziaria sussistono invece per quanto riguarda la *cognitio extra ordinem* nella sfera di influenza della giurisdizione pretoria, rispetto alla quale le isolate testimonianze contenute nel Digesto offrono invero - complici anche le inevitabili alterazioni di matrice giustiniana - ben poche evidenze e indicazioni dirimenti (tra queste si richiama di regola, in quanto specificamente riferito ad un procedimento cognitorio, D. 25.3.5.8, che potrebbe tuttavia agevolmente riferirsi anche a una condanna meramente pecuniaria). Tale possibilità sembra tuttavia doversi ammettere se non altro sulla scorta del tendenziale parallelismo tra i poteri dei magistrati straordinari operanti in Italia e quelli a cui era affidata la cognizione delle cause nel contesto delle province. Più in generale sui contenuti della condanna nella *cognitio extra ordinem* v. S. TAFARO, *L'interpretatio dei verba quanti ea res est nella giurisprudenza romana*, 1980, *passim*; B. BIONDI, *Scritti*, cit., p. 470 ss.; Sull'esecuzione in forma specifica delle relative pronunce P. VOCI, voce "Esecuzione forzata (diritto romano)", in *Enc. Dir.*, cit., p. 422 ss. e M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 510 ss.

⁴ Sui possibili contenuti della sentenza di condanna nel processo postclassico si vedano in particolare M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 609; ID., *Iura*, 13 (1962), p. 43 ss.; R. CIMMA, *De non numerata pecunia*, Milano, 1984, p. 154 ss. Sull'esecuzione in forma specifica mediante l'intervento degli esecutori giudiziari G. ROTONDI, *Bonorum venditio (Lineamenti)*, in *Per il XIV centenario della Codificazione giustiniana*, 1934, p. 131 ss.; J.L. MURGA, *Derecho Romano Clasico, II: El Proceso*, Saragoza, 1989, p. 385 ss. Per la condanna alle spese del processo, da intendersi non più in termini di pena ma come semplice reintegrazione dei costi della lite a carico del soccombente, si veda ancora G. CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali*, 2 ed., pp. 41 ss.

formulas (e prima ancora - con ogni probabilità - del processo più antico)⁵, sul piano pratico e funzionale esso comporta senza dubbio delle notevoli semplificazioni di natura procedurale. Non soltanto, infatti, la necessaria pecuniarietà della condanna a conclusione del giudizio garantiva in ogni caso (e fin dal principio) alla parte vittoriosa la perfetta liquidità dell'obbligazione in capo ad essa derivante dalla soccombenza dell'avversario (consentendo correlativamente all'accertamento giudiziale di limitarsi all'esatta determinazione del suo concreto ammontare), ma rendeva evidentemente più agevole - nella prassi applicativa - anche la successiva ed eventuale attivazione delle procedure esecutive per l'attuazione della stessa, specie in considerazione del fatto che nel meccanismo formulare di creazione pretoria queste ultime presentavano a propria volta - almeno nella generalità delle ipotesi - una struttura ed un contenuto eminentemente patrimoniali⁶. È inoltre evidente che un meccanismo di questo tipo, ammettendo in ogni caso la «conversione» della pretesa azionata in un'obbligazione pecuniaria, avrebbe di regola favorito - in chiave pragmatica - la possibilità di una conclusione favorevole della vicenda processuale dal punto di vista dell'attore, il quale avrebbe potuto conseguire una soddisfazione (sia pur indiretta) della propria pretesa giudiziale anche laddove il bene o la prestazione richiesta non fossero più risultati disponibili o - rispettivamente - possibili al momento della condanna; ciò che in un contesto sociale ed economico in cui beni erano scarsi e difficilmente riproducibili (come può dirsi senz'altro non solo per l'epoca arcaica ma anche, seppur in misura minore, per la prima Repubblica⁷) doveva verosimilmente rap-

⁵ Della *condemnatio pecuniaria* come di un "principio tecnico" della procedura *per formulas*, in contrapposizione a una possibile qualificazione dello stesso come prodotto estrinseco di un'istanza sociale o economica, discute in particolare M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano - Ius e fonti del processo*, Palermo, 1984, p. 107 ss. Sul punto v. anche A. BURDESE, *Sulla condanna*, cit., p. 177.

⁶ Sulla coerenza funzionale tra la struttura pecuniaria della condanna formulare e la procedura esecutiva di natura patrimoniale introdotta dal pretore nella medesima epoca si veda in particolare A. BURDESE, *op. ult. cit.*, p. 177. Delle caratteristiche generali dell'esecuzione forzata nel processo *per formulas* si è già detto *supra*, nel Capitolo II, trattando dei rimedi a contenuto esecutivo preposti a garanzia dell'introduzione del giudizio. In questa sede è pertanto sufficiente richiamare, a conferma di quanto appena osservato sul contenuto pecuniario della condanna formulare, che in quel sistema l'esecuzione forzata avveniva di regola nelle forme di una liquidazione complessiva e della vendita forzata del patrimonio del condannato, la quale poteva in questo senso agevolmente coordinarsi con delle pretese condannatorie espressa fin dal principio in un valore liquido come quelle risultanti dalla *litis aestimatio* effettuata dal giudice (o eventualmente dall'attore) all'esito del precedente processo di cognizione.

⁷ Per la possibilità di ricercare nella peculiare struttura dei rapporti giuridici caratteristici del mondo antico un'ulteriore giustificazione delle origini e dell'affermazione definitiva della regola classica della condanna pecuniaria si veda - tra gli altri - A. ROMANO, *Condanna in ipsam rem e condanna pecuniaria*, cit., p. 141, secondo la quale la preferenza operativa per la condanna in denaro - senz'altro giustificabile nel quadro di economia monetaria già matura e consolidata - "a maggior ragione lo sarà sta-

presentare, specie per quanto riguarda le pretese dirette alla restituzione di una cosa determinata e non replicabile, un'eventualità concreta tutt'altro che infrequente. Senza contare, da ultimo, che la costante espressione della condanna processuale in una somma di denaro appare coerente - più in generale - anche con il contesto storico entro il quale si è venuto definitivamente affermando il processo formulare, caratterizzato come ben noto dalla progressiva affermazione di un'economia commerciale basata sullo scambio e dall'uso del denaro quale strumento privilegiato dell'interazione negoziale (con la conseguente tendenza, certo più accentuata che in un'economia puramente rurale, a rapportare allo stesso anche il valore di prestazioni diverse)⁸.

Accanto ai descritti vantaggi in termini di immediatezza del meccanismo processuale e di agevolazione del passaggio alla sua fase esecutiva, la rigida e generalizzata applicazione del principio formulare della *condemnatio* pecuniaria all'esito del processo comportava tuttavia - o poteva comportare quanto meno in astratto - anche dei gravi inconvenienti. Se è innegabile che la necessaria pecuniarietà della condanna poteva di regola assicurare all'attore una più immediata soddisfazione della pretesa azionata, è infatti altrettanto evidente che quest'ultima avrebbe potuto dirsi effettivamente realizzata soltanto laddove l'interesse sottostante perseguito dalla parte consistesse a propria volta in una somma di denaro, mentre in ogni altro caso, quando cioè la pretesa azionata avesse diverso contenuto, la corresponsione del valore della lite determinato nel giudizio mediante *litis aestimatio* avrebbe potuto offrire al soggetto interessato unicamente un appagamento surrogatorio della pretesa originaria. Né può ritenersi che una surrogazione pecuniaria dell'effettivo contenuto dell'azione esercitata avrebbe sempre rappresentato (ovvero rappresenti) un equivalente adeguato delle finalità di quest'ultima, posto che in alcune circostanze tutt'altro che marginali la pretesa dell'attore non può a ben vedere considerarsi soddisfatta se non dalla

to - per lo meno di regola, come attesta Gai. 4.48 - in un contesto arcaico caratterizzato da forme economiche in cui i beni, scarsi e indispensabili alla vita, non potevano tanto facilmente essere sostituiti".

⁸ Sul punto si veda ad es. U. LÜBTOW, *Ursprung und Entwicklung*, cit., p. 350, il quale precisa come il principio classico della condanna pecuniaria - lungi dall'essere come potrebbe ritenersi un tecnicismo processuale di non pratica applicazione - possa considerarsi "als Konsequenz einer rein kapitalistischen Wirtschaftsordnung", come doveva ormai risultare quella dell'età repubblicana. In senso parzialmente analogo, R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, I, p. 412, ID., *Reich und Arm im altrömischen Civilprozess*, in *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig, 1909, p. 175 ss.; nonché - più di recente - A. ROMANO, *Condanna in ipsam rem e condanna pecuniaria*, cit., pp. 143 ss. Più in generale sul contesto socio-economico, F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica*, I, 1980, *passim*.

prestazione esattamente corrispondente a quella dallo stesso perseguita con l'esercizio dell'azione. Si pensi - a titolo d'esempio - all'ipotesi di chi agisca nei confronti dell'avversario per ottenere la restituzione di una cosa illegittimamente sottrattagli (e che si trova attualmente nel possesso di quest'ultimo), o a quella di chi faccia valere all'interno del processo l'inesistenza di un diritto reale vantato da terzi in relazione ad un bene di sua proprietà, nelle quali la compiuta realizzazione dell'interesse giuridico fatto valere dall'attore può evidentemente intervenire - per la natura stessa della lesione lamentata - soltanto con il corretto adempimento della prestazione richiesta da parte del convenuto (vale a dire - rispettivamente - con la restituzione della medesima cosa illegittimamente sottratta e con la cessazione della condotta lesiva del godimento dominicale)⁹. Nei medesimi casi, quindi, la *condemnatio* al pagamento di una somma di denaro di ammontare corrispondente al valore della lite, formalmente prevista a carico del soccombente dalle formule corrispondenti alle rispettive azioni¹⁰, consente di per sé unicamente un'attuazione alternativa (e in questo senso parziale) della tutela richiesta, ovvero - se si vuole - un semplice «risarcimento del danno» subito dall'attore per non aver conseguito la prestazione richiesta; senza tuttavia assicurargli - nei termini suddetti - l'effettiva ed integrale realizzazione di quest'ultima. Dando luogo in ogni caso - anziché a una soddisfazione specifica della pretesa azionata - a un'attuazione della stessa in misura equivalente sotto forma di denaro, in altri termini, il principio della *condemnatio* pecuniaria generalmente operante nel processo *per formulas* era in grado di offrire al soggetto interessato esclusivamente una tutela di carattere «indiretto» e rigidamente predefinito nei suoi risultati, precludendo di fatto all'attore - ancorché risultato vittorioso all'esito del giudizio - di conseguire immediatamente il bene giuridico in vista del quale egli ha attivato il pro-

⁹ Sulla non perfetta equivalenza tra la soddisfazione dell'attore in denaro e l'esatta realizzazione della pretesa da quest'ultimo azionata nel quadro di determinati giudizi astrattamente rivolti all'esecuzione di una prestazione specifica e non altrimenti fungibile v. anche C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II.1, cit., p. 150: «Nella più parte dei casi, comunque, l'attore persegue una restituzione specifica [...] e solo con l'esecuzione di questa egli avrà piena soddisfazione, la violazione del diritto sarà pienamente riparata. Ora, a questo risultato non si giunge se il convenuto sia stato condannato a pagare [come avveniva di regola] una somma di denaro, per quanto ben calcolata».

¹⁰ Il riferimento è evidentemente alle formule corrispondenti - rispettivamente - alla *condictio ex causa furtiva* ed all'*actio negatoria* di un diritto di servitù, ma il discorso potrebbe estendersi - con analoghe conclusioni - anche a numerose altre situazioni processuali con caratteristiche equivalenti. Per una ricostruzione degli schemi verbali delle due azioni richiamate, caratterizzate entrambe da una *condemnatio* pecuniaria nel *quanti ea res erit*, può rinviarsi in questa sede a D. MANTOVANI, *Le formulae del processo privato romano: per la didattica delle istituzioni di diritto romano*, Como, 1992, p. 43 e 48.

cesso (essendo obiettivamente determinata, già nella formula introduttiva predisposta dal pretore, una prestazione in denaro destinata a sostituirsi al medesimo bene al momento della condanna). Il che non significa che l'applicazione generalizzata del principio in parola escludesse in radice la possibilità stessa di una soddisfazione in natura della pretesa azionata, ma piuttosto che quest'ultima rimaneva sostanzialmente affidata all'iniziativa spontanea della parte soccombente (eventualmente disposta a soddisfare l'avversario in forma specifica prima o dopo la condanna in denaro), in assenza della quale all'attore vittorioso all'interno del processo non rimaneva per contro altra possibilità se non quella di accontentarsi - in via alternativa - della prestazione sostitutiva di una somma di denaro; unico risultato della vicenda processuale a cui l'ordinamento riconosceva - in questa fase storica - un'immediata coercibilità di natura esecutiva¹¹. Anche volendo considerare l'eventualità di un adempimento spontaneo della parte soccombente, è pertanto innegabile che la necessaria pecuniarietà dell'esito del giudizio, costituendo un'inevitabile implicazione del rigido tecnicismo del processo formulare¹², rappresentasse al contempo una limitazione intrinseca di quel sistema processuale rispetto allo scopo di fondo della tutela dei diritti, rendendolo complessivamente inidoneo a realizzare una tutela immediata delle posizioni giuridiche di volta in volta azionate e costringendo correlativamente le parti, ove intendessero ottenere una simile tutela, a fare piuttosto affidamento su soluzioni alternative finalizzate ad attuarla in forma stragiudiziale. Un'implicazione di fondo che, oltre a condizionare in maniera significativa le modalità operative ed il grado di efficacia del processo *per formulas* nel suo assetto tradizionale, ha continuato a connotarlo (anche a fronte di taluni correttivi sopra i quali torneremo) lungo l'intero percorso della sua evoluzione, venendo meno - in favore di una differente impostazione del rapporto processuale tra azione e condanna - solamente con la definitiva affermazione di nuovi e ben diversi modelli processuali caratterizzati per converso da una

¹¹ In questo senso si veda anche (con specifico riferimento all'ipotesi della *rei vindicatio*) M. PENNITZ, *Der Enteignungsfall*, cit., p. 320-323: "Hat er [i.e. l'attore vittorioso all'esito del processo] sich einmal des prozessualen Mittels der *rei vindicatio* bedient, unterwirft er sich damit zugleich dem Prinzip der *condemnatio pecuniaria* und muss sich insofern sich mit einem Geldersatz begnügen [...]". Sulla configurabilità di tale efficacia della *condemnatio* in denaro nella fase *apud iudicem* nei termini di una «novazione processuale» del rapporto originariamente azionato in una diversa obbligazione a contenuto pecuniario e sulle conseguenti modalità di esecuzione di quest'ultima nelle forme del *iudicatum facere oportere* v. M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 377 ss.

¹² Nel senso dell'intrinseca connessione tra il principio della *condemnatio pecuniaria* ed il rigido formalismo della procedura classica si confronti A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria*, cit., p. 178 ss.

generalizzata idoneità della pronuncia giudiziale alla attuazione *in ipsam rem* delle pretese azionate¹³.

Ciò premesso - in termini generali - per quanto concerne le potenziali implicazioni sfavorevoli della condanna (esclusivamente) pecuniaria nel processo *per formulas*, consistenti come si è visto nella tendenziale impossibilità per il soggetto che agisce di ottenere una soddisfazione specifica della pretesa azionata, deve poi rilevarsi come in determinate circostanze o situazioni processuali le medesime conseguenze negative a carico della parte risultata vittoriosa possano assumere - in concreto - un significato ed una rilevanza pratica di peculiare intensità. Ci si riferisce naturalmente - in maniera più specifica - a quelle situazioni (già sopra individuate come particolarmente problematiche) in cui l'oggetto della pretesa fatta valere dall'attore per mezzo del processo consiste in particolare nella restituzione o nel rilascio di una cosa determinata, nelle quali l'eventuale rifiuto da parte dell'avversario di eseguire spontaneamente lo specifico contenuto della pretesa azionata si traduce inevitabilmente in una sottrazione definitiva della cosa controversa all'avente diritto (riconosciuto come tale all'esito del giudizio) e nella conseguente permanenza della cosa medesima in capo alla parte soccombente. L'ipotesi paradigmatica, ovviamente, è quella rappresentata dalla *rei vindictio* o alle altre azioni a contenuto reale aventi per oggetto la restituzione di una cosa (o comunque la sua liberazione dall'indebita influenza da parte di un altro soggetto), posto che nei giudizi alle stesse corrispondenti il pagamento della somma di denaro determinata nella condanna all'esito del giudizio consente di fatto alla parte soccombente di mantenere nondimeno il possesso della cosa, frustrando di conseguenza e in misura corrispondente il contrapposto interesse dell'attore vittorioso a recuperare la stessa. Mentre nel caso delle azioni *in personam* la surrogazione in denaro della pretesa originaria può astrattamente risultare soddisfattiva o comunque

¹³ Sul punto, v. ancora A. BURDESE, *op. ult. cit.*, p. 178 ss., il quale contesta in tal senso, in modo particolare, le contrarie posizioni di una parte della dottrina più recente che ha tentato di argomentare nel senso di un parziale superamento del principio in esame già nel contesto della giurisprudenza classica. Di un "radicale mutamento della situazione" condannatoria potrebbe dunque parlarsi, secondo il medesimo autore, solo a partire dal successivo avvento - nel corso del principato - delle *cognitiones extra ordinem* e della relativa possibilità di condannare il convenuto a prestazioni diverse dal semplice pagamento di una somma di denaro, la quale si sarebbe poi definitivamente affermata in luogo del principio tradizionale e "in concomitanza con la crisi del sistema di economia mercantile" soltanto nel contesto della procedura postclassica (*Ibidem*, p.180). Per le circoscritte deroghe alla *condemnatio* pecuniaria nondimeno riconoscibili già nel contesto del processo *per formulas* (senza peraltro intaccare la generale validità del principio) si rinvia invece alle considerazioni contenute nei prossimi paragrafi.

equivalente all'adempimento di quest'ultima (sostituendovi semplicemente una prestazione di contenuto diverso), nel contesto delle *actiones in rem* la medesima eventualità comporta del resto importanti conseguenze di natura sostanziale anche al di fuori del rapporto fra le parti del processo, incidendo non soltanto sull'effettiva soddisfazione dell'attore vittorioso ma modificando al tempo stesso a svantaggio di questi anche le sorti della *res* controversa successive al giudizio¹⁴. In questi casi, infatti, la possibilità che il convenuto soccombente non restituisse la cosa devoluta nel giudizio ma si limitasse ad offrire in suo luogo una prestazione in denaro poteva risolversi - in concreto - nel definitivo spossessamento dell'attore vittorioso, il quale (pur avendo ricevuto nel processo il formale riconoscimento del proprio diritto sulla cosa medesima) ne vedeva in tal modo soccombere il contenuto reale in favore dell'avversario. È anzi circostanza ben nota alla letteratura romanistica che il pagamento della somma di denaro corrispondente alla condanna attribuisse al condannato regolarmente adempiente il diritto di trattenere la cosa oggetto del processo nonostante la condanna, al punto che la *litis aestimatio* (o meglio l'adempimento di quest'ultima nei confronti dell'attore) viene comunemente annoverata tra i modi di acquisto del diritto di proprietà sulla *res litigiosa*¹⁵. Le fonti al riguardo testimoniano in effetti con relativa attendibilità come la posizione del soccombente che abbia pagato l'*aestimatio* trattenendo la cosa all'esito del giudizio debba in sostanza equipararsi - pur mancando un trasferimento della stessa inteso in senso proprio - a quella caratteristica di un normale proprietario, accostandola a seconda dei casi al vero e proprio *dominium ex iure Quiritium*¹⁶ ovvero alla proprietà bonitaria tutelata dal pretore nei modi ordina-

¹⁴ Sulle diverse conseguenze della *condemnatio pecuniaria* nelle azioni *in rem* e in quelle *in personam* e sul conseguente aggravamento della posizione della parte interessata nei relativi processi si veda anche G. PUGLIESE, *Principi teorici e realtà pratica nei processi romani*, in TR 63 (1965), pp. 299 ss. Di un'immediata incidenza della condanna pecuniaria sul "destino" della cosa controversa successivo alla conclusione del processo ("das rechtliche Schicksal der *res litigiosa*") parla in particolare, anche con riguardo agli spunti in tal senso contenuti nelle fonti, M. PENNITZ, *Der Enteignungsfall*, cit., pp. 306 ss.

¹⁵ *Ex multis*, M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 414 e 437 ss.; C.A. CANNATA, *Corso*, cit., p. 428 ss.; P. VOCI, *Istituzioni*, cit., p. 289. Fondamentale rimane sul punto, specie a fronte della relativa incompiutezza della rimanente dottrina (anche recente) nell'inquadramento della tematica, la risalente monografia di E. CARRELLI, *L'acquisto della proprietà per litis aestimatio nel processo civile romano*, Milano, 1934, a cui si rinvia anche per eventuali approfondimenti circa le problematiche indirettamente correlate alla qualificazione della *litis aestimatio* come modo di acquisto della proprietà sulla cosa.

¹⁶ È quanto appare potersi desumere, in modo particolare, dalla testimonianza in D. 6.1.46 (Paul.10 ad Sab.): *Eius rei, quae per in rem actionem petita tanti aestimata est, quanti in litem actor iuraverit, dominium statim ad possessorem pertinet: transegisse enim cum eo et decidisse videor eo pretio, quod ipse constituit.*, non a caso posta alla base della ricostruzione tradizionalmente accolta a questo proposito dalla dottrina meno recente. Tra i sostenitori di questa tesi, già presente tra l'altro nell'interpre-

ri¹⁷; ciò che equivale a riconoscere che, nonostante permangano non poche incertezze quanto all'esatta qualificazione del titolo a fondamento dell'acquisto¹⁸, la *litis aestimatio* poteva di regola produrre il trasferimento della proprietà della cosa controversa dall'attore (in ipotesi titolare della stessa) al convenuto soccombente, determinandosi per conseguenza - quale effetto del processo - una sostanziale «espropriazione» della parte vittoriosa in favore di quest'ultimo senza che la prima potesse opporre al riguardo l'avvenuto riconoscimento della pretesa restitutoria all'interno del giudizio¹⁹. Se ciò è vero - nei termini descritti - nel caso paradigmatico delle azioni reali, inoltre, lo stesso può a ben vedere affermarsi - a determinate condizioni - anche nel caso di alcuni giudizi a contenuto personale ma nondimeno strumentali a una prestazione restitutoria in qualche modo assimilabile alla pretesa reale che forma oggetto dei primi. È questo il caso, in modo particolare, delle azioni *in personam* dirette ad un *restituere* o (più in generale) ad un *reddere*, le quali, pur non mirando direttamente alla reintegrazione dell'attore nel possesso della *res litigiosa*, tendono a propria volta - almeno nella sostanza - a conseguire la disponibilità di una cosa attualmente nel controllo della parte avversaria e possono pertanto considerarsi integralmente soddisfatte sol-

tazione della Glossa, si vedano ad esempio - senza alcuna velleità di completezza - B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Panektenrechts*, p. 192; A. SCHMIED, *Die Grundlehre der Cession*, I, Braunschweig, p. 20 ss., F. DE FRANCISCI, *Translatio dominii: Note introduttive*, Milano, 1921, p. 17 ss.

¹⁷ In questo senso si esprime ad es. E. BETTI, *Studi sulla litis aestimatio nel processo civile romano*, I, p. 54. Più ampi riferimenti alla questione della tutela pretoria della posizione dell'acquirente *in iudicio* ed ulteriori cenni alla letteratura sul punto in E. CARRELLI, *L'acquisto della proprietà*, cit., p. 5 ss.

¹⁸ Per una rassegna delle ipotesi sul punto v. M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano - III: Cose, diritti reali, possesso obbligazioni*, Palermo, 1987, p. 439 e nt. 89. Diverse appaiono in particolare le possibili modalità dell'acquisto a seconda che la cosa controversa fosse *res Mancipi* ovvero *nec Mancipi*, contrapponendosi nelle fonti un'equiparazione all'*usucapio pro emptore* nel caso delle prime e a una sorta di *traditio brevi manu venditionis causa* (in cui la somma stimata corrisponde al *pretium rei*) nel caso delle seconde, (significativo appare ad ogni modo in entrambi i casi l'accostamento della *litis aestimatio* alla struttura della vendita). Sembra invece da escludersi che l'acquisto della *res litigiosa* per effetto del pagamento della stima possa essere ricondotto, come supposto in passato, a una transazione volontaria in sede giudiziale tra l'attore vittorioso e il convenuto soccombente. Sul punto si rinvia in particolare alle considerazioni di E. CARRELLI, *L'acquisto della proprietà*, cit., p. 97 ss.

¹⁹ L'esplicito accostamento degli effetti della *condemnatio pecuniaria* nelle azioni reali a quelli caratteristici dell'espropriazione coattiva pubblica o privata (*Zwangsentziehung*) si deve in modo particolare all'opera di R. DÜLL, *Über Textkonjekturen zum Gaius Veronensis und zur Frage der Zwangsentziehung im römischen Formularprozess*, in ZSS 96 (1979), p. 290 ss. ed ID., *Rez. De Robertis, La espropriazione per pubblica utilità nel diritto romano*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 66 (1938), p. 341 ss. La medesima tesi è stata più di recente ripresa e ampiamente sviluppata in M. PENNITZ, *Der Enteignungsfall im römischen Recht*, Wien-Köln-Weimar, 1991, ove il meccanismo tecnico della *condemnatio pecuniaria* del processo formulare viene appunto esaminato nell'ottica dei suoi possibili effetti «espropriativi» nei confronti dell'attore e quindi dei suoi rapporti col più generale regime della proprietà individuale; sul presupposto che la problematica della espropriazione forzata e il principio di pecuniarietà della condanna, seppur tra loro distanti, costituiscono invero - nell'ottica complessiva dell'ordinamento romano - due «strukturell ähnliche Fragen».

tanto a fronte dell'utile ed effettivo raggiungimento di siffatto risultato²⁰. Con la conseguenza che l'eventuale mancata esecuzione della condanna in forma specifica da parte del soccombente può in concreto tradursi, anche in questi casi, in una sostanziale evizione della parte vittoriosa in relazione al suo interesse a (ri)ottenere la cosa.

La principale problematica derivante dalla necessaria pecuniarietà della condanna in questo genere di giudizi (*lato sensu* restitutori) consiste pertanto nella concreta possibilità, per la parte risultata soccombente che non intenda restituire spontaneamente la cosa all'avversario vittorioso, di conseguire paradossalmente - all'esito del processo - un risultato più vantaggioso rispetto a quello che essa stessa avrebbe potuto ottenere nell'ipotesi contrapposta di mancato accoglimento della pretesa azionata. Non soltanto, infatti, il rifiuto del convenuto di eseguire *in ipsam rem* la pretesa dell'attore (riconosciuta nella sentenza) non implica a suo carico alcuna conseguenza di carattere negativo se non l'ordinario assoggettamento alla condanna in denaro, ma comporta addirittura - in caso tempestivo e integrale adempimento di quest'ultima - l'acquisto della proprietà della cosa in capo alla parte originariamente obbligata alla sua restituzione, vale a dire - in ultima analisi - la «trasformazione» del possesso formalmente riconosciuto illegittimo all'esito del giudizio in piena titolarità giuridica della *res litigiosa* inizialmente appartenente ad un diverso soggetto²¹. Laddove il convenuto, pur riconosciuto meritevole di condanna nei confronti dell'avversario (e quindi destinatario dell'obbligo di restituire o comunque di rilasciare la cosa controversa), si fosse cionondimeno dimostrato disposto ad accettare la condanna e a pagare di conseguen-

²⁰ Sulla figura delle obbligazioni strumentali ad un *reddere* e il loro parziale accostamento nelle fonti alla più specifica nozione di *restituere* reale può rinviarsi, oltre che alla trattazione dei seguenti paragrafi, a G. PROVERA, *Contributi allo studio del iusiurandum in litem*, Torino, 1953, p. 41 ss.; E. BETTI, *Diritto romano*, Padova, 1935, p. 548; e M. KASER, *Quanti ea res est*, cit., p. 157 ss.

²¹ Nel senso dell'incidenza della condanna in denaro sulla «conversione» del possesso infraprocedimentale in vera e propria intitolazione dominicale si veda ad es. E. CARRELLI, *L'acquisto della proprietà*, cit., p. 43 ss. e p. 112 ss., secondo il quale il convenuto che, «pur riconoscendo di aver la cosa [non sua] tra le mani, si rifiuti di restituirla all'attore» avrebbe nondimeno potuto acquistarne la proprietà pagando il prezzo della propria soccombenza (fermo restando che, secondo l'autore, la posizione del convenuto adempiente alla condanna in denaro sarebbe stata inizialmente soltanto quella di un possessore bonitario che avrebbe quindi potuto acquistare la proprietà civile della cosa controversa soltanto decorso il termine necessario ad usucapire la stessa). Sul momento dell'acquisto della proprietà della cosa per effetto della condanna v. anche E. LEVY, *Die Enteignung des Klagers im Formularprozess*, in ZSS, 42 (1921), p. 511 ss. e l'ulteriore letteratura in quella sede richiamata. Per la questione più generale della natura dell'acquisto in questo modo perfezionato si vedano ancora - tra i contributi più recenti - L. DI LELLA, *Formulae ficticiae; contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*, Napoli, 1984, p. 122 ss. e P. WEIMAR, *Zum Eigentumsübergang beim Pfandverkauf im klassischen römischen Recht*, in *Mélanges Felix Wubbe*, Zürich, 1993, p. 555 ss.

za la somma di denaro nella stessa stabilita - in altri termini - egli avrebbe potuto nella sostanza «appropriarsi forzatamente» del bene per mezzo del processo a dispetto della fondatezza della pretesa avversaria accertata con la condanna, mentre l'attore, per quanto prevalente nel confronto processuale, avrebbe dovuto rassegnarsi nei medesimi casi alla soddisfazione alternativa (e meramente parziale) derivante dal pagamento dell'indennizzo pecuniario determinato dal giudice a titolo di «prezzo» per la scelta materiale della parte soccombente di non precedere immediatamente alla restituzione della cosa. Il che si traduce - con tutta evidenza - in una sorta di singolare «rovesciamento» degli esiti del processo rispetto a quelli tipicamente perseguiti con l'esercizio dell'azione, consistenti (per lo meno in questi giudizi e nei termini suddetti) nella materiale ed effettiva reintegrazione del patrimonio dell'avente diritto attraverso la restituzione della medesima cosa che forma oggetto della pretesa originariamente azionata. Nel caso più estremo (ma tutto sommato facilmente immaginabile) potrebbe anzi accadere che un convenuto abiente e moralmente spregiudicato, pur essendo consapevole del proprio obbligo di restituire la cosa e del conseguente rischio di rimanere soccombente, partecipi cionondimeno allo svolgimento del processo proprio con l'obiettivo di lasciarsi condannare e di acquistare la cosa col pagamento della stima; se non addirittura che egli si appropri (o trattenga) fraudolentemente il possesso della *res* con il solo intento di sottrarre la stessa alla proprietà dell'avversario, approfittando in tal senso del meccanismo tecnico della *condemnatio* pecuniaria per ricavare dal processo una posizione di vantaggio rispetto alla quale non avrebbe altrimenti potuto vantare alcuna aspettativa. Che poi questo comportasse l'obbligo di versare all'avversario una somma di denaro di ammontare corrispondente al valore della lite (e quindi - in buona sostanza - di «comprare» la cosa all'esito del giudizio) riveste a ben vedere - per un simile soggetto - ben poca rilevanza, trattandosi di un ostacolo facilmente sormontabile in virtù della superiorità finanziaria di cui egli dispone nei confronti dell'avversario: ciò che conta per la parte che non teme la condanna - e ne accetta le conseguenze - è così unicamente la possibilità di appropriarsi della cosa controversa in maniera formalmente legittima nonostante l'astratta prevalenza della pretesa giuridica nei suoi confronti azionata, sacrificando in tal senso non solo l'interesse della sua controparte all'esatta soddisfazione del diritto violato ma anche (e al tempo stesso) il più generale interesse dell'ordinamento giuridico a

che il processo conduca a una composizione del conflitto che ripristini correttamente il rapporto tra le parti interessate alla sentenza (ossia - in ultima analisi - l'interesse pubblico all'economia del giudizio intesa come effettiva strumentalità dei mezzi processuali al raggiungimento degli scopi per cui vengono concessi)²².

È pertanto evidente che il tecnicismo processuale della *condemnatio* pecuniaria, pur consentendo in talune ipotesi una migliore attuazione degli interessi dell'attore²³, comporti cionondimeno - in diversi altri casi - dei rischi funzionali tutt'altro che trascurabili tanto in termini di utilità della condanna per la parte vittoriosa quanto in termini di complessiva effettività del meccanismo processuale: per un verso, implicando la generalizzata eventualità di un esito processuale sostanzialmente diverso rispetto a quello auspicato con la pretesa originaria; per altro verso, favorendo lo sfruttamento di siffatta eventualità da parte del convenuto che non intenda agevolare un'attuazione specifica della medesima pretesa, il quale - a condizione di avere una sufficiente disponibilità economica per sopportare le conseguenze della condanna pecuniaria - avrebbe potuto mostrarsi del tutto sprezzante al contrario interesse della parte vittoriosa e volgere indirettamente il risultato del giudizio a proprio esclusivo vantaggio. Con ciò determinando - al tempo stesso - un'inopportuna frustrazione delle reali aspettative di chi ha agito nel giudizio ed un sostanziale fallimento della capacità di quest'ultimo di assicurare attraverso la sentenza la loro piena attuazione. Che la necessaria pecuniarietà della condanna si prestasse agevolmente a possibili abusi o strumentalizzazioni fraudolente (e potesse quindi favorire condotte opportu-

²² La strumentalizzazione del meccanismo processuale da parte del convenuto malizioso che approfitta della condanna pecuniaria al fine di procurarsi un indebito vantaggio a discapito dell'avversario e del pubblico interesse è efficacemente individuata - tra gli altri - in M. PENNITZ, *Der Enteignungsfall*, cit., pp. 321-322: "Denn anders als das Gemeinwesen das aufgrund eines Rechtsverfahrens das Eigentum eines Individuums zugunsten des gemeinsamen Interesses in Anspruch nimmt, stellt der Beklagte den Eigentümer vor die vollendete Tatsache, dass an das rechtlich geforderte und erwünschte *restituere* nicht zu denken sei, und nutzt in diesem Sinn den Prozessgrundsatz der *condemnatio pecuniaria* im bloßen Eigeninteresse". Il che risultava possibile, secondo l'autore, "[...] selbst im Extremfall, wenn aufgrund des durchgeführten richterlichen Verfahrens das Eigentums des Klägers ebenso unzweifelhaft feststeht wie der Besitz des Beklagten". Sulle implicazioni di tale meccanismo dal punto di vista del convenuto facoltoso e privo di scrupoli v. anche L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. di R. ORESTANO, 1938, p. 141, ove si legge che "egli non ha bisogno di mettere fuori ciò che detiene in suo potere a torto; non ha bisogno di restituire la proprietà altrui; egli affronta ogni istanza di restituzione, ogni sentenza che lo minacci, con la parola del villano arricchito: «io posso pagare»".

²³ Sulla desiderabilità di un'immediata soddisfazione monetaria nell'ottica del soggetto attivo di determinati rapporti, specie nel quadro di una società rurale in cui il denaro rappresentava ancora un valore raro e scarsamente circolante, si veda in particolare M. KELLY, *Roman Litigation*, cit., p. 73 ss.

nistiche da parte del convenuto) sembra emergere del resto - con relativa evidenza - dalle stesse fonti che consentono di ricostruire l'applicazione di quel principio nel processo *per formulas*, le quali testimoniano in effetti non soltanto la consapevolezza del pericolo processuale potenzialmente derivante da un impiego distorto della condanna in denaro, ma anche (sia pur implicitamente) un'indiretta tensione dell'ordinamento processuale nel senso di assicurare, per quanto possibile, la soddisfazione in natura della pretesa azionata²⁴. È quanto si evince - in modo particolare - da una serie di testi (variamente ricavabili dalle pagine del Digesto) nei quali si tratta - a diverso titolo - del contenuto dell'obbligo di restituzione della *res* all'esito del giudizio e delle possibili conseguenze della sua inattuazione da parte del convenuto:

D. 4.4.24.4 (Paul. 1 *ad Sent.*)

Restitutio autem ita facienda est, ut unusquisque integrum ius suum recipiat. Itaque si in vendendo fundo circumscriptus restituetur, iubeat praetor emptorem fundum cum fructibus reddere et pretium recipere, nisi si tunc dederit, cum eum perditurum non ignoraret: sicuti facit in ea pecunia, quae ei consumpturo creditur, sed parcius in venditione, quia aes alienum ei solvitur, quod facere necesse est, credere autem non est necesse. Nam et si origo contractus ita constitit, ut infirmanda sit, si tamen necesse fuit pretium solvi, non omnimodo emptor damno adficiendus est.

D. 6.1.70 (Pomp. 29 *ad Ed.*)

Nec quasi Publicianam quidem actionem ei dandam placuit, ne in potestate cuiusque sit per rapinam ab invito domino rem iusto pretio comparare.

D. 6.1.20 (Gai. 7 *ad Ed. prov.*)

Praeterea restituere debet possessor et quae post acceptum iudicium per eum non ex re sua adquisivit: in quo hereditates quoque legatae, quae per eum servum obvenierunt, continentur. Nec enim sufficit corpus ipsum restitui, sed opus est, ut et causa

²⁴ In questo senso si esprime - tra gli altri - A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria*, cit., p. 177-178, il quale evidenzia in particolare come, pur nel rispetto del principio formale della pecuniarietà della condanna, non possa sottrarsi “[...] che nell’ambito della procedura formulare è diffusamente sentita l’esigenza di favorire, specie in ordine a determinati tipi di controversie, la soddisfazione in natura dell’attore”. Sul prevalente interesse alla condanna *in ipsam rem* e la sua indiretta emersione quanto meno nelle fonti sui giudizi restitutori ovvero sulle azioni agli stessi assimilabili si veda anche, più di recente, M. WIMMER, *Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten*, Köln, 1995, pp. 113 ss.

rei restitatur, id est ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo iudicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset.

D. 12.3.8 (Marc. 8 Dig.)

Tutor rem adulti, quam possidet, restituere ei non vult: quaero, utrum quanti res est an quanti in litem iuratum fuerit condemnari debet, respondi: non est aequum pretio, id est quanti res est, litem aestimari, cum et contumacia punienda sit et arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit potestate petitori in litem iurandi concessa.

D. 22.1.2 (Pap. 6 ad Quaest.)

Volgo receptum est, ut, quamvis in personam actum sit, post litem tamen contestatam causa praestetur: cuius opinionis ratio redditur, quoniam quale est, cum petitur, tale dari debet ac propterea postea captos fructus partumque editum restitui oportet.

D. 25.2.9 (Paul. 37 ad Ed.)

Non enim aequum est invitum suo pretio res suas vendere.

Come anticipato, dai frammenti richiamati - e da numerosi altri che potrebbero aggiungersi in analogia con gli stessi²⁵ - emerge a ben vedere non soltanto che a prescindere dal generale principio della condanna pecuniaria la restituzione *in ipsam rem* appare percepita come il risultato più auspicabile della vicenda processuale, da garantire in quanto tale nella forma il più possibile completa in relazione alla pretesa (*restitutio autem ita facienda est, ut unusquisque integrum ius suum recipiat*)²⁶, ma anche che l'esito alternativo derivante dalla scelta del convenuto soccombente di non soddisfare l'avversario (*restituere ei non vult*), comportando la perdita del bene giuridico perseguito nel processo, rappresenta per l'attore un'evidente ingiustizia (*non aequum est invitum suo pretio res vendere*), al punto da poter essere sostanzialmente equiparato - sul piano degli effetti - a una sottrazione furtiva (e quindi fraudolenta)

²⁵ Per una più estensiva panoramica delle molteplici fonti a questo scopo utilizzabili, può nuovamente rinviarsi a M. WIMMER, *Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten*, cit., p. 113 ss.

²⁶ Sul punto v. anche M. KASER, *Restituere als Prozessgegenstand: Die Wirkungen der litis contestatio auf den Leistungsgegenstand im römischen Prozessrecht*, München, 1968, p. 7 ss. Ulteriori riferimenti all'importanza dell'integralità della restituzione in natura, intesa come finalità «naturale» del processo civile, in C. BERTOLINI, *Il giuramento nel diritto privato romano*, Roma, 1886, p. 214 ss.

della cosa controversa (*per rapinam ab invito domino rem iusto pretio comparare*). Dal che risulta con sufficiente chiarezza come l'acquisto della proprietà della *res litigiosa* per effetto del pagamento della condanna in denaro costituisse l'oggetto - se non altro in determinate circostanze della procedura *per formulas* - di un giudizio sostanzialmente negativo circa l'ammissibilità e la correttezza della condotta del convenuto, a fronte del quale doveva apparire necessaria la predisposizione di adeguati meccanismi all'interno del processo diretti a favorire l'attuazione specifica dei risultati del giudizio e quindi a correggere (per lo meno in parte) le relative disfunzioni.

Cionondimeno, il principio di fondo per cui la condanna era di regola espressa in una somma di denaro, e la specifica esecuzione della pretesa azionata risultava pertanto in buona sostanza affidata alla spontanea volontà della parte soccombente, rimaneva applicabile - in via generale - anche a fronte delle evidenti difficoltà ed incongruenze applicative così riconosciute, né appare possibile rintracciare nella giurisprudenza classica una generalizzata ed esplicita tendenza al superamento dello stesso e alla sua sostituzione con un principio differente (ciò che sarebbe avvenuto, come si è visto, soltanto in epoca successiva con la definitiva affermazione nella *cognitio extra ordinem* di meccanismi giudiziali appositamente preposti alla condanna *in ipsam rem*)²⁷. Ben si comprende, pertanto, come in età formulare le problematiche derivanti dal rigido tecnicismo della condanna pecuniaria e dalla conseguente recessività della soddisfazione in natura - per quanto innegabili e consapevolmente percepite nei termini risultanti dai richiamati frammenti - non potessero ricevere una soluzione immediata o comunque applicabile in via generale a qualsivoglia processo, ma richiedessero piuttosto di essere affrontate (ed eventualmente risolte) per mezzo di strumenti di carattere indiretto; tali cioè da rispettare la generale operatività del principio di pecuniarietà della condanna ma da assicurare al tempo stesso - quanto meno a determinate condizioni - la realizzazione specifica della pretesa azionata in alternativa alla sem-

²⁷ In questo senso A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria*, cit., p. 178 e L. BLANK, *Condemnatio pecuniaria*, cit., p. 303 ss. Per un circoscritto tentativo di ripensare la centralità applicativa della *condemnatio* pecuniaria nel processo *per formulas*, anticipando a questa fase la generalizzata affermazione di un principio di esecuzione in natura quale possibile alternativa alla condanna in denaro, si veda nuovamente A. ROMANO, *Economia monetaria ed economia naturale*, cit., p. 131 ss. e ID., *Condanna pecuniaria*, cit., pp. 138 ss. *Contra* M. TALAMANCA, *Recensione*, in *BIDR*, 89 (1986), p. 571 ss. ed A. VÖLKL, *Rez. A. Romano, Economia monetaria ed economia naturale*, cit, in *ZSS* 105 (1988), p. 878 ss.

plice prestazione di una somma di denaro equivalente alla stessa²⁸. Il che, pur non potendo ovviamente sostituire un pieno riconoscimento della coercibilità generalizzata dell'esecuzione in natura, concorre se non altro ad attenuare a posteriori le eccessive rigidità di un sistema processuale nel quale la stessa è generalmente preclusa. Una forma di coercizione indiretta della soddisfazione in natura del diritto dell'attore operava a ben guardare - fin dall'epoca più antica delle *legis actiones* - attraverso il meccanismo delle cd. *actiones noxales*, nelle quali la condanna del convenuto (titolare di potestà sul reale autore dell'illecito accertato) era sì diretta in via principale al pagamento di una somma di denaro ma ammetteva al contempo - in alternativa a quest'ultima e nella forma disgiuntiva *tantam pecuniam aut noxae dedere*²⁹ - la volontaria cessione della persona *in potestatem* in favore dell'attore risultato vittorioso, consentendo in tal modo a quest'ultimo - se non altro in forma indiretta - di ottenere esattamente la soddisfazione *in personam* a cui egli mirava al momento dell'azione³⁰. Lo stesso dicasi - sia pur per ragioni diverse - nell'ipotesi più generale dei giudizi di buona fede, nei quali la stessa introduzione della clausola equitativa *quidquid...dare facere oportet ex fide bona* all'interno formula consentiva al giudice di tener conto in ogni caso dell'eventuale restituzione effettuata *in iudicio* dal convenuto soccombente e di considerare di conseguenza adempiuto il rapporto giuridico devoluto nel processo, evitando all'attore in questo modo soddisfatto di dover accettare la condanna in denaro in sostituzione di quanto già ottenuto nel corso del giudizio³¹.

²⁸ Sull'impraticabilità di soluzioni contrastanti col principio della condanna pecuniaria e la conseguente necessità di affrontare i relativi problemi per mezzo di strumenti di coazione indiretta v. ad es. M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 372: "Selbst bei den *actiones arbitrarie* wird der Grundsatz der Geldverurteilung nicht verlassen; auf den Beklagten wird nur ein mittelbaren Zwang ausgeübt, um ihn zur Naturalrestitution (oder Exhibition) vor dem Geldurteil zu bewegen".

²⁹ D. 42.1.6.1 (Ulp. 66 ad Ed.): *Decem aut noxae dedere condemnatus iudicati in decem tenetur: facultatem enim noxae dedendae ex lege accipit. At is, qui stipulatus est X aut noxae dedere, non potest X petere, quia in stipulatione singula per se veniunt ea, quae singula separatim stipulari possumus: at iudicium solius noxae deditiois nullum est, sed pecuniariam condemnationem sequitur. Et ideo iudicati X agitur, his enim solis condemnatur: noxae deditio in solutione est, quae e lege tribuitur.*

³⁰ Per l'inquadramento del meccanismo della *noxae deditio* quale deroga al generale principio della condanna pecuniaria v. A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria nel processo romano*, cit., p. 176 ss. Più in generale sul regime delle azioni nossali e sull'alternatività della condanna alle stesse connessa v. F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité*, Bruxelles, 1947; G. FALCHI, *Ricerche sulla legittimazione passiva nelle azioni nossali*, Milano, 1973. Per il tenore formulare della *condemnatio* in questo genere di azioni v. D. MANTOVANI, *Le formulae del diritto romano*, cit., p. 63 ss.

³¹ Sugli effetti del restituere successivo alla *litis contestatio* nei *iudicia ex fide bona* v. - per tutti - M. MARRONE, *Trasferimento della proprietà della cosa venduta e pagamento del prezzo*, in *AUPA*, 49 (1992), p. 239 ss. Si spiega così anche il tentativo di taluni autori di accostare, sotto questo profilo, i giudizi di buona fede alle azioni arbitrarie in un'unica categoria di giudizi più specificamente funzionali all'esatto adempimento della pretesa azionata; Sul punto, A. WATSON, *Iusiurandum in litem in the*

In entrambe queste ipotesi, tuttavia, l'attenuazione del principio di pecuniarietà della condanna quale esito necessario del procedimento formulare appare in concreto solamente parziale e non del tutto adeguata a risolvere nella prassi le sue possibili implicazioni negative sull'efficacia della sentenza: nel primo caso, in quanto la nossalità riguarda a ben vedere un numero di azioni (penali o miste) assai circoscritto, tra le quali non rientrano i giudizi «restitutori» che più facilmente si prestano, come accennato, a strumentalizzazioni opportunistiche da parte del convenuto; nel secondo, in quanto la possibilità per il giudice di considerare la *restitutio* anteriore alla condanna non consente di per sé di imporre al convenuto la relativa condotta, così che la scelta deliberata di quest'ultimo di accettare piuttosto la condanna pecuniaria avrebbe potuto impedire (anche in questi giudizi) la piena soddisfazione della pretesa avversaria³². A fronte dei rischi derivanti da simili condotte - per lo meno nei richiamati giudizi a contenuto «restitutorio» - appare dunque evidente la necessità di individuare uno strumento correttivo di portata più ampia e specificamente preposto ad affrontare il problema, il quale, pur mantenendo a sua volta il carattere indiretto dei rimedi descritti (e lasciando quindi inalterata la generale efficacia della condanna pecuniaria), fosse in grado di garantire con maggiore efficacia - e nonostante quest'ultimo - la reale soddisfazione dell'interesse perseguito dell'attore vittorioso nei medesimi giudizi. Ciò che può dirsi avvenuto - nella vicenda storica del processo *per formulas* - attraverso la progressiva introduzione ad opera del pretore delle azioni munite del meccanismo formulare della «clausola arbitraria» di cui ci si occuperà - in maniera più specifica - nei prossimi paragrafi, le quali possono pertanto intendersi, in questa prospettiva, alla stregua di un tentativo più specifico di predisporre una garanzia dell'efficacia in natura della sentenza favorevole anche a fronte delle condotte (formalmente legittime ma nondimeno censurabili) del convenuto soccombente che intenda deviare il processo verso il diverso risultato - a sé soltanto favorevole - della condanna in denaro. A tal proposito, l'indagine dovrà innanzitutto rivolgersi alla compiuta identificazione degli strumenti tecnici a tal fine predisposti nel diritto onorario e delle loro

bona fidei iudicia, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 34 (1966), p. 177 ss.; Più di recente E. NABER, *Mnemosyne*, 24, p. 55 ss. e S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, p. 68 I dubbi circa i rapporti tra le due specie di giudizi risalgono del resto già all'epoca della Glossa (v. la Gl. ad J. 4.6.31 - *actiones arbitrarie*, su cui L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, Milano, 1958, p. 19 ss.).

³² In questo senso, M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 373 e ntt. 26 e 27. Per queste ragioni, oltre che per motivi di economia dell'indagine, entrambe le descritte deroghe al principio della condanna pecuniaria rimarranno comunque escluse dall'oggetto specifico della presente trattazione.

concrete modalità di funzionamento all'interno del processo (§ 2), individuando da un lato gli specifici meccanismi formulari volti a coartare indirettamente l'adempimento specifico da parte del convenuto (§ 2.1-2) e riconoscendo dall'altro le loro pratiche conseguenze sull'eventuale condanna della parte inadempiente (§ 2.2-4). Su queste basi, potrà quindi procedersi a esaminare più nel dettaglio l'ambito di applicazioni dei medesimi strumenti nel processo *per formulas* (§ 3), ricostruendo - per quanto possibile - il nucleo originario dei giudizi in cui essi operavano su iniziativa del pretore e procedendo quindi - sempre nei limiti in cui le fonti lo consentono - a ripercorrere in sintesi l'evoluzione successiva che ha progressivamente condotto alla loro estensione a situazioni differenti e ad una correlativa trasformazione dei loro presupposti. Così da ricavare indirettamente - ed in chiave diacronica - ulteriori e più specifiche indicazioni quanto alle modalità operative degli istituti in esame e alla funzione pratica dagli stessi perseguita nel quadro del processo. Infine, si tratterà di desumere da quanto complessivamente emerso dalla precedente trattazione una valutazione di sintesi circa la sostanziale efficacia dei rimedi di cui trattasi nel contrastare le possibili distorsioni introdotte nel processo dal generale principio della condanna in denaro, in modo tale da poter trarre delle conclusioni più consapevoli ed equilibrate quanto alla effettiva portata ed incidenza di quest'ultimo - alla luce dei correttivi rispetto ad esso introdotti - nella prassi applicativa del processo *per formulas* (§ 4).

2. La coazione indiretta dell'esecuzione in natura nei giudizi arbitrari

Si è già evidenziato come la più grave problematica derivante dalla natura pecuniaria della condanna formulare rispetto all'esigenza di assicurare all'attore una effettiva realizzazione dell'interesse azionato consista nella contrapposta possibilità, per la parte soccombente ma non disponibile a soddisfare l'avversario, di preferire in ogni caso il pagamento in denaro della *litis contestatio* ed acquistare - per effetto di questa - la legittima proprietà della cosa controversa. Nell'impossibilità di garantire altrimenti l'esecuzione specifica dei contenuti della pretesa, l'unico modo per contrastare (o arginare) gli effetti distorsivi di simili condotte in quel sistema processuale consisteva pertanto nel predisporre a posteriori - ferma restando la generale operati-

vità della *condemnatio* pecuniaria - un meccanismo parallelo volto ad esercitare una pressione indiretta sul convenuto soccombente affinché questi accettasse spontaneamente di soddisfare l'attore all'interno del processo anteriormente alla pronuncia della condanna in denaro; così da favorire l'attuazione in natura della pretesa concretamente azionata, pur senza alterare il principio di fondo di pecuniarietà della sentenza.

Come già anticipato nella porzione conclusiva del precedente paragrafo, l'iniziativa nel senso di introdurre un simile meccanismo di coazione indiretta entro lo schema tradizionale della procedura *per formulas* è provenuta - ancora una volta - dall'intervento correttivo della giurisdizione pretoria, la quale, esercitando qui come in altre occasioni³³ il proprio caratteristico ruolo di flessibile interprete delle esigenze di tutela sottese al sistema, è giunta ad introdurre un efficace strumento di garanzia del processo rispetto all'eventuale rifiuto della parte soccombente di accettarne il risultato. Sul piano tecnico, il meccanismo per mezzo del quale il pretore è stato in grado di perseguire un risultato di questo tipo nonostante il rigoroso tecnicismo della condanna formulare, corrisponde a quello, tanto semplice sotto il profilo formale quanto efficiente nell'applicazione concreta, proprio di quei giudizi generalmente individuati - nella letteratura moderna - come «azioni arbitrarie»³⁴, caratterizzate appunto dalla ammissibilità di una coazione indiretta del convenuto soccombente nel senso della attuazione in forma specifica della pretesa azionata. Nei giudizi in parola, sulla cui

³³ La medesima forza creativa esercitata in tal senso dal diritto onorario nell'interpretare e correggere le eventuali mancanze o le inefficienze intrinseche dell'ordinamento civile si è del resto già osservata - nei Capitoli II e III della presente indagine - rispettivamente per quanto concerne l'integrazione delle tradizionali garanzie della corretta attuazione della chiamata in giudizio e la predisposizione di idonei rimedi diretti a contrastare l'inefficiente prassi del frazionamento della domanda giudiziale.

³⁴ La richiamata denominazione, di impiego pressoché uniforme fin dal tempo della Glossa, trova invero sostegno già nell'uso delle fonti; si veda ad es. D. 13.5.16.1 (Ulp. 27 *ad Ed.*): *Sed et certo loco et tempore constituere quis potest, nec solum eo loci posse eum petere, ubi ei constitutum est, sed exemplo arbitrarie actionis ubique potest*. Di *iudicia arbitraria* - in parallelismo con le azioni *ex fide bona* - si parla anche in D. 22.1.3.1 (Pap. 20 *Quaest.*): *In his quoque iudiciis, quae non sunt arbitraria nec bonae fidei, post litem contestatam actori causa praestanda est in eum diem, quo sententia dicitur: certe post rem iudicatam tempus a fructibus dependendis immune est*. Per una rassegna della più significativa letteratura sul tema può rinviarsi a M. KASER, K. HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 335 ss. e nt. 4 ed a M. TALAMANCA, voce "*Processo civile*", cit., p. 65, n. 467. Fondamentali sul punto rimangono in particolare, pur con i limiti evidenziati dagli autori successivi, le trattazioni generali di E. LEVY, *Zur Lehre von den sog. actiones arbitrarie*, in *Ges.Schriften*, I, Köln-Graz, 1963 (già in ZSS, 36, 1915, p. 1 ss.) e di B. BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrarie e l'arbitrium iudicis*, Milano, 1912, ID., *Sulla dottrina romana dell'actio arbitraria*, in *AUPA*, 1 (1916), p. 20. Più di recente si vedano anche S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo nelle formule del processo civile romano*, Napoli, 2012 e M. VARVARO, *Gai. 4,163 e la struttura della formula arbitraria*, in *AUPA* 55 (2012) p. 170 ss.

compiuta identificazione si ritornerà più ampiamente nei paragrafi successivi³⁵, la formula dell'azione accordata dal magistrato su richiesta dell'attore comprendeva infatti - accanto agli ordinari componenti costitutivi della stessa - anche un'apposita clausola (definita a sua volta clausola *arbitraria*, clausola restitutoria o *arbitratus de restituendo*³⁶) che subordinava l'eventuale condanna pronunciata dal giudice all'esito del giudizio alla mancata restituzione della cosa controversa o - più in generale - alla mancata soddisfazione dell'interesse dell'attore da parte del convenuto³⁷. In tal modo, non soltanto si consentiva al giudice di tener conto delle condotte soddisfattive eventualmente poste in essere in modo spontaneo dopo la *litis contestatio* (non diversamente da quanto avveniva più in generale nei giudizi di buona fede), ma gli si imponeva al tempo stesso di assolvere il convenuto all'esito del giudizio laddove la condotta dallo stesso tenuta nella fase *apud iudicem* risultasse corrispondente all'effettivo contenuto della pretesa azionata, consentendo in questo modo al processo di conseguire in ogni caso un effetto liberatorio a fronte dell'avvenuta soddisfazione del diritto fatto valere dalla parte interessata al momento dell'azione³⁸.

Non potendo imporre - in via generale ed in forma immediata - una conclusione *in ipsam rem* della vicenda processuale nell'interesse dell'attore, in altri termini, con siffatto espediente inserito nella formula e condizionante la condanna, l'ordinamento pretorio persegue indirettamente il medesimo risultato in due passaggi distinti: per un verso affidando nella formula al giudice privato lo specifico compito di verificare in

³⁵ v. *Infra* §§ 3 ss.

³⁶ La terminologia a tal proposito impiegata dalla letteratura romanistica è relativamente oscillante, mancando d'altro canto nelle fonti indicazioni più specifiche che consentano di individuare con certezza l'uso linguistico dei classici come anche il tenore letterale della clausola in esame. Sul punto M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 336, nt. 12-14 e S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., p. 1 nt. 1 e p. 5. Di seguito, si utilizzerà per lo più - se non altro per coerenza - l'espressione tradizionale «clausola arbitraria», intendendo con ciò riferirsi, in generale, tanto alla porzione della formula con tale contenuto quanto al relativo meccanismo inteso nel suo insieme. Per la qualificazione come «*arbitraria*» della formula contenente la clausola di cui trattasi si veda invece Gai. 4.141: *Et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsonem agi solet, ex restitutoriis vero vel exhibitoriis modo per sponsonem, modo per formulam agitur, quae arbitraria vocatur*.

³⁷ In questi termini si veda M. TALAMANCA, voce «*Processo civile (dir. romano)*», cit., p. 66.

³⁸ Sullo specifico contenuto della clausola arbitraria introdotta nella formula e sui profili tecnici relativi allo svolgimento della procedura *in iudicio* alla presenza della stessa si tornerà più ampiamente nel prossimo paragrafo. Per il momento sia sufficiente aver chiarito che - per l'effetto dell'inserimento di tale clausola nelle istruzioni formulari - il giudice preposto all'accertamento della fondatezza o meno della pretesa azionata avrebbe dovuto - e potuto - assolvere la parte (astrattamente soccombente) che avesse tuttavia accettato di soddisfare l'avversario nel corso del giudizio, così che l'eventuale pronuncia della condanna (pecuniaria) sarebbe dipesa da una scelta consapevole della medesima parte di non approfittare della specifica facoltà di adempimento liberatorio offertale dalla formula.

giudizio (oltre alla fondatezza della pretesa azionata) la possibilità di un'esecuzione in natura e del suo eventuale adempimento da parte del convenuto; e dall'altro offrendo a quest'ultimo, in caso di corretta attuazione di quanto in questo senso accertato come adempimento necessario per soddisfare l'altra parte, la possibilità di evitare cionondimeno la condanna nel giudizio pur essendo già stata riconosciuta - per lo meno indirettamente - la prevalenza dell'avversario. Il che, oltre a costituire un evidente vantaggio nell'interesse dell'attore la cui pretesa giuridica sia già apparsa fondata (il quale ne preferisce senza dubbio l'attuazione in natura), rappresentava ovviamente un significativo privilegio anche nell'ottica del convenuto soccombente altrimenti destinato a subire la condanna, il quale (pur avendo inizialmente rifiutato di soddisfare la pretesa fatta valere dall'attore) può nondimeno sottrarsi alla responsabilità patrimoniale da questa derivante anche a giudizio già in corso, ricevendo in tal senso un incentivo manifesto a preferire la strada della soddisfazione in natura³⁹. Incentivo reso tra l'altro ancora più inteso e praticamente efficace dall'ulteriore circostanza, su cui si avrà modo di tornare nella trattazione successiva⁴⁰, che nei giudizi muniti di clausola arbitraria, al mancato adempimento della possibilità restitutoria nelle forme suddette risultasse associato un significativo aggravamento della posizione del soccombente sotto forma di incremento dell'ammontare della condanna. Dietro all'alternativa formulare - apparentemente inalterata - tra assoluzione liberatoria e *condemnatio* definitiva (ad una somma di denaro), nei giudizi in esame si cela pertanto, in forza dell'inserimento nella formula di una clausola arbitraria notevolmente estensiva dei poteri del giudice, una struttura processuale decisamente più complessa ed evidentemente strumentale alla reintegrazione specifica dell'interesse dell'attore (pur nell'impossibilità di ottenere una condanna immediatamente soddisfattiva), affiancandosi all'ordinaria ipotesi di assoluzione del convenuto per infondatezza della pretesa un'ulteriore facoltà di liberazione dello stesso, ancorché riconosciuto in giudizio meritevole di condanna, a fronte della sua disponibilità (sia pure tardiva) a realizzare spontaneamente la pretesa dell'avversario; Ciò che può rivelarsi a ben

³⁹ In questo senso si esprime ad esempio - con termini particolarmente incisivi - L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., p. 141 ss., il quale evidenzia tra le altre cose come, per effetto della clausola arbitraria inserita nella formula nei giudizi in esame, al convenuto destinato a rimanere soccombente (e già resosi conto che il processo si svolge oramai a suo esclusivo svantaggio) "viene offerto un ponte d'oro e aperta la possibilità di sfuggire alla condanna in danaro, che solo dopo può aver luogo, e cioè solo in caso di inadempimento dell'ingiunzione del giudice [...]".

⁴⁰ v. *Infra* §§ 2.2 ss.

vedere - per lo stesso attore risultato vittorioso - ancora più vantaggioso di una condanna in natura immediatamente esecutiva, in quanto consente allo stesso di conseguire nel processo l'esatta soddisfazione della pretesa azionata prima ancora che si pervenga alla conclusione del giudizio con una sentenza di condanna e senza bisogno di procedere coattivamente all'esecuzione di quest'ultima, favorendo in tal senso fino all'ultimo momento (e coerentemente con la natura essenzialmente privatistica della procedura *per formulas*) la risoluzione pacifica della controversia tra le parti anche a durante il contenzioso, posto che - nei procedimenti in esame - al convenuto viene di fatto riconosciuta una «via di uscita privilegiata» dal processo già in corso, alla sola condizione di riconoscere volontariamente la sua responsabilità nei confronti dell'altra parte e di procedere quindi all'esecuzione specifica senza bisogno di una condanna⁴¹.

Per quanto l'oggetto mediato del rapporto processuale (ossia, in buona sostanza, il contenuto della sentenza perseguita dall'attore quale esito del giudizio) rimanesse - anche in questi casi - la condanna del convenuto ad una somma di denaro sostitutiva della pretesa fatta valere nel giudizio, l'oggetto immediato del medesimo rapporto (inteso invece come il bene della vita effettivamente conseguibile per mezzo del processo⁴²) corrispondeva pertanto - nei giudizi arbitrari - alla medesima prestazione fatta valere dall'attore al momento della domanda, la quale (pur rimanendo in astratto eseguibile - in caso di condanna - solamente nella forma di un equivalente in denaro) poteva nondimeno realizzarsi con maggiore immediatezza (e a prescindere dalla pronuncia di una sentenza favorevole) mediante lo stratagemma dell'arbitrato restituito-

⁴¹ Sulla riconducibilità del meccanismo satisfattivo indiretto caratteristico delle azioni arbitrarie alla naturale tendenza dell'ordinamento processuale romano nel senso di favorire, per quanto possibile, la risoluzione spontanea dei conflitti tra privati senza bisogno di un intervento coattivo dei pubblici poteri si veda ad es. F. ZUCCOTTI, *Omnia iudicia absolutoria esse*, in *Riv. Dir. Rom.*, III, 2003, pp. 469-497, secondo il quale lo strumento classico della pecuniarietà della condanna (ed il collegato meccanismo della clausola arbitraria) potrebbe intendersi in questo senso "come una sorta di mezzo per convincere indirettamente il convenuto a soddisfare spontaneamente la pretesa attorea"; ciò che rappresenterebbe a sua volta - sul piano sociologico - la dimostrazione del fatto che "i Romani, agendo in giudizio, non arrivassero a tale scelta avendo in mente la sentenza di condanna, ma lo facessero piuttosto in vista della forza persuasiva che la minaccia di giungere a quest'ultima poteva avere sulla controparte", attribuendo quindi al processo in quanto tale la natura di uno strumento "per tentare di mettere d'accordo i contendenti ed evitare così il ricorso agli organi dello Stato". In senso analogo v. anche C.A. CANNATA, *Omnia iudicia absolutoria esse*, in *Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico*, 2001, p. 67 ss., e (con considerazioni relative alle tesi di entrambi gli autori) L. PEPPE, *Riflessioni intorno all'esecuzione personale in diritto romano*, cit., p. 152 ss.

⁴² Sulla distinzione tra oggetto (mediato ed immediato) del rapporto processuale, come comunemente ricostruita dalla moderna dottrina processualciviltistica, v. C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, I - *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2009, p. 120 ss.

rio introdotto nella formula, idoneo in tal senso ad assicurare al tempo stesso la soddisfazione dell'attore e l'assoluzione del convenuto che sia risultato soccombente⁴³. Da ciò la manifesta specificità dei giudizi in esame rispetto alle azioni sprovviste di siffatto meccanismo né aventi per oggetto un rapporto di buona fede: mentre in queste ultime l'accertamento giudiziale ha per oggetto esclusivo la fondatezza o meno della pretesa azionata (e può dunque condurre unicamente alla condanna o alla assoluzione della parte convenuta), nelle azioni caratterizzate da una formula processuale con clausola arbitraria il fulcro del giudizio e dell'accertamento di merito nello stesso effettuato risiede piuttosto - proprio in forza dello specifico contenuto della clausola in esame - nella verifica dell'avvenuto adempimento in forma specifica della pretesa dell'attore, così che l'esito naturale della procedura *apud iudicem* diviene piuttosto quello di rimuovere in radice l'esigenza stessa di pervenire ad una condanna e di favorire in suo luogo la soddisfazione «endoprocedimentale» dell'interesse azionato; realizzandosi con ciò un efficace bilanciamento tra il rigido tecnicismo del processo *per formulas* (che imponeva in ogni caso di mantenere formalmente la condanna in denaro quale unica conclusione del giudizio sfavorevole al *vocatus*) e l'esigenza sostanziale di assicurare comunque, per quanto possibile, l'attuazione in forma specifica dell'interesse dell'attore (ciò che avveniva appunto - nei giudizi in esame - riconoscendo all'adempimento realizzato dal convenuto *post litem contestatam* una immediata efficacia assolutoria nonostante l'avvenuto accertamento dell'illecito azionato).

2.1. *Forme e modalità della soddisfazione in natura: l'arbitratus de restituendo*

Rimangono a questo punto da esaminare - in maniera più dettagliata - la struttura formale e le modalità applicative del meccanismo in esame nel contesto dei giudizi in cui lo stesso operava, vale a dire il funzionamento concreto della coazione indiretta in questo modo esercitata nei confronti del convenuto affinché procedesse all'adempimento in natura della pretesa azionata. Si è già evidenziato, a margine del-

⁴³ Sull'alternativa tra la condanna quale esito ordinario del giudizio e l'accertamento interinale della responsabilità del convenuto nelle *actiones arbitrariae*, che poteva cionondimeno condurre - in caso di adempimento della pretesa - all'assoluzione dello stesso si veda E. BETTI, *L'antitesi storica tra iudicare (pronuntiatio) e damnare (condemnatio) nello svolgimento del processo romano (con un tentativo di ricostruzione delle formulae delle actiones ex delicto)*, in *RISG*, 56 (1915), p. 1 ss.

le osservazioni contenute nel precedente paragrafo, come siffatto risultato di garanzia dell'attore all'interno del processo fosse attuato dal pretore - sotto il profilo tecnico - attraverso l'inserimento nella formula dell'azione dei giudizi di cui trattasi di una specifica clausola (detta genericamente *arbitraria* o *restitutoria*⁴⁴) volta a consentire la valutazione giudiziale dell'adempimento effettuato nella fase *apud iudicem* e quindi a determinare l'assoluzione del convenuto laddove ciò fosse in concreto avvenuto. Tale clausola, presumibilmente inserita tra l'*intentio* e la *condemnatio* della formula rilasciata *in iure* su richiesta dell'attore⁴⁵, operava dunque - dal punto di vista concreto della tecnica formulare - alla stregua di una (ulteriore) condizione negativa dell'eventuale pronuncia di una sentenza di condanna all'esito del giudizio, imponendo al giudice di verificare in concreto non soltanto la fondatezza o meno della situazione giuridica devoluta nell'*intentio* ma anche - correlativamente a quest'ultima - l'eventuale attuazione *in iudicio* della pretesa in tal modo accertata da parte del convenuto riconosciuto responsabile⁴⁶: ove risultasse che quest'ultimo aveva effettivamente adempiuto in modo corretto alla pretesa dell'attore al momento del giudizio, ciò avrebbe condotto - per effetto della prescrizione negativa contenuta appunto nella clausola in oggetto - all'obbligo per il giudice di disporre nondimeno la completa assoluzione⁴⁷, rimanendo di conseguenza aperta la possibilità di pervenire alla condanna in denaro formalmente espressa all'interno della formula solamente nel caso in cui

⁴⁴ La classicità dell'espressione in parola e l'esistenza nel processo formulare di un'autonoma categoria di giudizi così qualificati - in passato attivamente contestate in special modo da B. BIONDI, *Studi*, cit. - appaiono oggi sostanzialmente pacifiche. Sul punto M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 335 e prima ancora A. HERDLITZKA, *Formula arbitraria*, cit., p. 17 ss.

⁴⁵ In tal senso si veda tra gli altri, M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 336. *Contra* C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, cit., p. 107 ss., secondo il quale la clausola arbitraria andrebbe piuttosto concepita alla stregua di un'integrazione dell'*intentio* con cui si apre la formula e quindi come una sorta di "appendice" dell'*editio actionis* effettuata dal vocante. Il che spiegherebbe tra l'altro - secondo l'autore - la mancata menzione esplicita della clausola in esame tra le *partes formularum* espressamente elencate nei §§ 4.39 ss. del manuale di Gaio (che pure se occupa espressamente al successivo § 4.163). L'esatta collocazione della clausola nello schema formulare non appare ad ogni modo decisiva ai fini della corretta individuazione dei suoi specifici contenuti ovvero della funzione dalla stessa esercitata, rilevando piuttosto (e in modo particolare) la circostanza pragmatica che l'inserimento di tale elemento aggiuntivo nello schema della formula fosse idoneo a condizionare (in negativo) il contenuto dell'accertamento del giudice e - per l'effetto - i risultati del giudizio.

⁴⁶ Sulla qualificabilità della clausola restitutoria in termini di «condizione negativa» della condanna v. - per tutti - B. BIONDI, *Studi sulle azioni arbitrarie*, cit., p. 1; M. TALAMANCA, s.v. "Processo civile", cit., p. 66; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 97 e nt. 77; L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit., p. 18. Per la differenza concettuale fra tale condizione aggiunta alla formula e le eccezioni nella stessa eventualmente inserite su richiesta del convenuto (che pur determinano a propria volta almeno in astratto un'estensione del contenuto dell'accertamento giudiziale), v. S. VIARO, *L'arbitratu de restituendo*, cit. p. 6 ss. e l'ulteriore letteratura sul punto dalla stessa richiamata.

⁴⁷ In tal senso, si veda ancora CANNATA, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2001, p. 129.

la parte convenuta avesse rifiutato di aderire spontaneamente alla facoltà restitutoria. Pur in mancanza di indicazioni più specifiche risultanti dalle fonti, le quali restituiscono sul punto formulazioni parziali e tutt'altro che uniformi⁴⁸, deve quindi ritenersi che il contenuto fondamentale della clausola restitutoria inserita nella formula dei giudizi in esame consistesse essenzialmente (fatta salva l'eventuale presenza di ulteriori elementi) in una proposizione condizionale a contenuto negativo volta ad autorizzare - in sede giudiziale - l'eventuale rimessione in pristino del diritto azionato effettuata dal convenuto a giudizio già in corso: *nisi [neque] ea res restituetur (vel exhibetur)*⁴⁹; il cui significato è evidentemente quello (sopra esplicitato) di consentire per un verso la restituzione della cosa (o altra forma di adempimento) *post litem contestatam* e, per altro verso, di subordinare la condanna al fatto che ciò non avvenga. Nonostante sul punto sussista da sempre una costante e irrisolta difformità di vedute⁵⁰, appare inoltre verosimile che nella *conceptio* formulare della clausola restitutoria comparisse anche - o quanto meno potesse comparire a discrezione del magistrato - uno specifico riferimento al potere del giudice di valutare il relativo adempimento da parte del convenuto attraverso le parole *arbitrio iudicis* inserite nella formula (ov-

⁴⁸ Sul punto E. LEVY, *Zur Lehre der sogenannten actiones arbitrarie*, cit., p. 15 ss. e 41 ss. e M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 336. Dibattute rimangono in particolare la questione se tale clausola fosse effettivamente recepita in una forma standardizzata nel testo dell'editto e la precisa ricostruzione del suo tenore testuale. Tra i passi tradizionalmente richiamati quale possibile testimonianza - diretta o indiretta - del contenuto editto della clausola possono ricordarsi, a titolo d'esempio, D. 4.9.1.pr. (Ulp. 14 *ad Ed.*); D. 21.1.1.1 (Ulp. 1 *ad Ed. Cur.*); D. 39.4.1.pr. (Ulp. 55 *ad Ed.*), nonché D. 42.5.9.pr. (Ulp. 61 *ad Ed.*). Fondamentale rimane inoltre la testimonianza di Gai. 4.163: *Namque si arbitrum postulaverit is, cum quo agitur, accipit formulam, quae appellatur arbitraria, et iudicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine periculo exhibet aut restituit et ita absolvitur; quod si nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est, condemnatur*; dalla quale sembra se non altro potersi ricavare che la clausola in esame si inseriva nella consueta dicotomia tra *absolutio* e *condemnatio*.

⁴⁹ Tale è appunto la formulazione che emerge con maggiore frequenza nei frammenti del Digesto che sembrano riportare (quanto meno in parte) il contenuto formale della clausola editto. In questo senso si veda - per tutti - D. 4.9.3.1 (Ulp. 14 *ad Ed.*): *Ait praetor: "Nisi restituent, in eos iudicium dabo". Ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. Sed an sit necessaria, videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit: si quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto*; nonché D. 16.3.1.21 (Ulp. 24 *ad Ed.*): *Si quis non possideat litis contestatae tempore, sed postea ante sententiam possidere coeperit, oportere dici putamus debere condemnari, nisi restituat*.

⁵⁰ La principale opposizione alla tesi della classicità dell'arbitrato restitutorio è da ricercarsi nell'opera di E. LEVY, *Zur Lehre der sog. actiones arbitrarie*, cit., *passim*, nella quale si contesta in modo particolare l'attendibilità delle fonti che sembrano affiancare siffatto riferimento al semplice presupposto della mancata restituzione; In senso analogo M. WLASSAK, *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse*, Wien, rist. 1977, p.162 nt. 41. Sul punto v. anche S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., p. 20 ss., la quale evidenzia tra l'altro come il dibattito relativo al riferimento formulare all'*arbitrium iudicis* (e più in generale alla possibilità di identificare una nozione "classica" di azione "arbitraria") abbia a lungo condizionato in negativo la compiuta ricostruzione della clausola in esame nei suoi contenuti e nei suoi scopi essenziali, al punto che "da diversi decenni la letteratura non registra alcuno specifico contributo dedicato al tema dei giudizi arbitrari o anche solo dell'*arbitratus de restituendo*".

vero di altre alle stesse sostanzialmente equivalenti)⁵¹, così che il tenore complessivo della clausola in esame - nel caso paradigmatico della *formula petitoria* della *rei vindicatio*- sarebbe stato il seguente: *IUDEX ESTO. SI PARET RES DE QUA AGITUR EX IURE QUIRITUM A^l A^l ESSE NEQUE EA RES ARBITRATO TUO A^o A^o RESTITUETUR, QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM, IUDEX, N^m N^m A^o A^o CONDMANTO, SI NON PARET ABSOLVITO*⁵². Né mancano - a ben vedere - indicazioni in questo senso indirettamente ricavabili dalle fonti sui *iudicia arbitraria*, le quali, se spesso si limitano a richiamare in sintesi la formulazione negativa *neque restituetur* o varianti della stessa, in altri casi fanno espresso riferimento ad un potere di valutazione discrezionale riconosciuto al giudice ed espresso appunto nei termini di un «arbitrio» avente per oggetto le modalità e il contenuto dell'adempimento in natura richiesto al convenuto, rendendo in tal senso plausibile che a ciò corrispondesse in effetti - nello schema formulare - uno specifico richiamo al carattere «arbitrario» del relativo giudizio⁵³ (il che spiegherebbe al contempo la qualificazione in questi termini della clausola in esame e dei giudizi che la comprendono, per quanto gli stessi rimangano formalmente affidati non ad un arbitro nel senso tecnico del termine ma ad un giudice privato selezionato dalle parti come quello preposto alla decisione di merito in ogni ulteriore giudizio dell'*ordo iudiciorum* ancorché sprovvisto di un esplicito riferimento all'arbitrio del giudice nel contesto della formula)⁵⁴.

⁵¹ Nel senso dell'effettivo impiego di tale espressione nella prassi formulare si veda ad es. L. WENGER, *Istituzioni*, cit., p. 142, nt. 32, secondo il quale il riferimento all'*arbitrium iudicis* avrebbe in tal senso riguardato - oltre alla conceptio edittale - «anche la formula» rilasciata dal pretore per la singola azione. *Contra* F. PRINGSHEIM, in ZSS, 48 (1928), p. 732 e LÜBTOW, *Das Edikt-klausel*, cit., p. 172 ss.

⁵² La ricostruzione della formula, pressoché uniformemente accettata in questa forma anche nelle trattazioni contemporanee, è quella proposta da O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit., p. 145 ss. Sulla questione della presenza nella clausola restitutiva di un espresso riferimento all'arbitrio del giudice si tornerà più ampiamente anche in seguito in questo stesso paragrafo. Per la *conceptio* testuale della «clausola arbitraria» (e dell'*arbitrium iudicis*) in alcuni degli altri giudizi - civili e pretori - che ne ammettono l'inserimento v. D. MANTOVANI, *Le formulae del diritto romano*, cit., p. 37 ss.

⁵³ Si veda ad es. D. 4.2.14.11 (Ulp. 11 *ad Ed.*), in cui compare in effetti un esplicito riferimento ai *verba edicti* «*neque ea res arbitrio iudicis restituetur*». In senso analogo sembrano deporre - tra gli altri - anche D. 4.3.18.pr. (Paul. 18 *ad Ed.*); D. 46.1.44 (Iav. 11 *Epist.*) e D. 6.1.68 (Ulp. 51 *ad Ed.*), ove il riferimento alla valutazione discrezionale del giudice autorizzata dalla formula compare rispettivamente nei termini alternativi di «*arbitrio iudicis*», «*arbitrato tuo*» e «*arbitratu iudicis*». Per ulteriori attestazioni ricavabili dalle fonti a sostegno di un espresso rinvio formulare all'arbitrio del giudice v. anche S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., p. 105 ss. e nt. 1; Nel senso di una maggiore verosimiglianza della formulazione impersonale *arbitrio iudicis* rispetto a quelle in seconda persona *arbitrio/arbitrato tuo* (difficilmente conciliabili con la centralità delle parti nella redazione della formula) v. M. DE BERNARDI, *L'«officium iudicis» nella azione arbitraria di rivendica: Appunti delle lezioni*, Milano, 1997, p. 63 ss. e già M. WLASSAK, voce «*arbitrium*», in *Realenc.*, II, 1896, p. 413.

⁵⁴ Non è peraltro da escludersi che alcune indicazioni nel senso della presenza nella formula restitutiva di un espresso riferimento all'*arbitrium iudicis* fossero contenute nella porzione delle Istituzioni

Per effetto dell'inserimento nella formula della clausola restitutoria in tal modo ricostruita nel suo ipotetico tenore, all'interno dei giudizi di carattere arbitrario si assisteva pertanto - sul piano degli effetti - a una notevole espansione dei poteri del giudice e dei compiti decisori a questi ultimi connessi, i quali si sarebbero articolati - sulla scorta delle indicazioni formulari fornite dal pretore - in tre momenti distinti ma strettamente correlati: per un verso, il giudice avrebbe innanzitutto dovuto accertare (come in qualsiasi processo) la fondatezza o meno della pretesa azionata sulla base degli elementi di fatto forniti dalle parti nel corso del giudizio, così da stabilire se ed in che misura l'interesse giuridico fatto valere dall'attore meritasse soddisfazione; una volta accertata in questi termini la fondatezza della pretesa, tuttavia, egli non avrebbe proceduto immediatamente alla pronuncia della sentenza, ma avrebbe dovuto tener conto - al tempo stesso - dell'eventuale restituzione o adempimento in natura effettuato dal convenuto, ammettendo quest'ultimo a procedere in tal senso a giudizio già pendente e valutando la coerenza tra l'adempimento medesimo e l'interesse dell'attore; ove la condotta in tal modo posta in essere fosse apparsa soddisfattiva della pretesa azionata, infine, il giudice avrebbe potuto (e dovuto) disporre l'assoluzione del convenuto adempiente sulla base della formulazione negativa della clausola restitutoria contenuta nella formula, a prescindere dal fatto che nel corso del precedente giudizio siano stati accertati gli ulteriori presupposti per pronunciare la condanna⁵⁵. Mentre nella generalità dei giudizi il contenuto specifico dell'accertamento affidato al giudice, per quanto complesso ed problematico esso possa rivelarsi sotto il profilo probatorio, rimane pur sempre circoscritto alla verifica della meritevolezza o meno

gaiane (Gai. 4.114; purtroppo non più interamente decifrabile), in cui il giurista trattava presumibilmente degli specifici contenuti della condanna giudiziale e così, può ipotizzarsi, anche degli effetti dell'inserimento di una clausola arbitraria prima della stessa. Ciò specialmente alla luce del fatto che in quello che resta del frammento in esame Gaio riferisce in sintesi della posizione delle due scuole della giurisprudenza classica in relazione ai giudizi di buona fede e a quelli muniti di una particolare espressione formulare (*in quibus exprimitur*), verosimilmente riferita in origine proprio all'*arbitratus de restituendo*. Sul punto si veda ancora S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., p. 78 ss. Si noti infine che, proprio sulla scorta della verosimile presenza all'interno della formula dei giudizi in esame di un esplicito riferimento ad un arbitrio del giudice, L. CHIAZZESE, nella sua nota monografia dedicata al problema (*Jusiurandum in litem*, Milano, 1958, pp. 17 ss.) ritiene di poter distinguere - nel quadro della proposizione inserita nella formula - tra una clausola «restitutoria» propriamente intesa ed una clausola «arbitraria» avente appunto per oggetto la valutazione discrezionale effettuata dal giudice.

⁵⁵ Sui riflessi del carattere arbitrario dell'azione sull'ampiezza e i contenuti dell'*offitium iudicis* nella fase decisoria si veda ad es. M. TALAMANCA, s.v. "*Processo civile*", cit., p. 66, nonché (in termini pressoché equivalenti) S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., p. 1-2.

della pretesa esplicitata nell'*intentio* formulare, nel caso delle azioni con clausola arbitraria il medesimo accertamento giudiziale risulta così assai più complesso, coinvolgendo al tempo stesso la correttezza di eventuali comportamenti di natura esecutiva effettuati *in iudicio* ed - alla luce di questi - la necessità o meno di procedere ciononostante alla *condemnatio* in denaro. Il che si riflette inevitabilmente - sotto il profilo vista tecnico e processuale - in uno svolgimento maggiormente articolato della fase *apud iudicem* quale sede delle corrispondenti verifiche effettuate dal giudicante.

2.2. L'accertamento preliminare della fondatezza della pretesa e la facoltà di adempimento post litem contestatam: il ruolo del giudice nel procedimento arbitrario

Passiamo dunque ad esaminare, più nel dettaglio, i singoli momenti dei quali si compone la procedura descritta. Se l'accertamento fondamentale rimesso alla valutazione dell'organo giudicante nei procedimenti in esame consiste, come si è visto, nella verifica del corretto adempimento di una pretesa già accertata (e meritevole di accoglimento), è evidente che la sua esecuzione ad opera del giudice presupponesse in ogni caso quale ulteriore presupposto il preventivo accertamento della situazione soggettiva fatta valere nel processo, vale a dire - in buona sostanza - una verifica preliminare circa la fondatezza o meno della pretesa azionata (e spontaneamente eseguita dalla parte convenuta)⁵⁶. A tale risultato si perveniva in concreto, secondo quanto attestano le fonti circa le formule arbitrarie, mediante la pronuncia nel corso del giudizio di una decisione «interlocutoria», detta tecnicamente *pronuntiatio* e resa verosimilmente in forma orale durante il dibattimento⁵⁷, avente appunto per oggetto

⁵⁶ Che nelle azioni (reali) con clausola arbitraria la verifica giudiziale dell'avvenuta restituzione della cosa si traducesse inevitabilmente nella previa necessità di una decisione interinale circa la fondatezza della pretesa è stato riconosciuto - in passato - principalmente da G. WETZELL, *Der römische Vindikationsprozess*, 1845, p. 110 ss., il quale circoscriveva tuttavia tale caratteristica ai procedimenti *in rem* sul presupposto che in questi ultimi il convenuto dovesse disporre del possesso della cosa al momento della condanna. Sul punto si vedano tuttavia le osservazioni critiche di A. HERDLITZKA, *Formula arbitraria*, cit., p. 10 ss. e le ulteriori testimonianze ricavabili dalle fonti dallo stesso riportate.

⁵⁷ In tal senso - tra i molti - M. TALAMANCA, voce "*Processo civile*", cit., p. 66; S. VIARO, *Azioni penali munite di clausola arbitraria*, cit., p. 643; M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 338 e nt. 2. Più in generale sul ruolo delle pronunce interinali nel processo formulare (comprese quelle rese dal giudice in situazioni diverse da quella esaminata) v. W. LITEWSKY, *Zwischenbescheide im röm. Prozess*, in *RIDA*, 44 (1997), p. 155 ss., il quale passa in rassegna anche i (non molti) contributi della letteratura precedente che si è occupata del problema. La natura meramente verbale della corrispondente pronuncia è suggerita con relativa certezza dallo stesso termine *interlocutio* (da *inter-*

l'attestazione di fondatezza della pretesa azionata, a cui l'organo giudicante perveniva in concreto - prima ancora della decisione finale circa il merito della lite - in base alle risultanze di fatto esaminate nel processo e ritenute sufficienti a giustificare il suo intervento⁵⁸. Il contenuto e la funzione specifica di siffatta decisione interlocutoria antecedente alla sentenza possono poi ricavarsi - se non altro indirettamente - dalle non infrequenti testimonianze delle fonti in merito alla possibilità di un intervento interinale dell'organo giudicante nel corso della lite⁵⁹, fra cui possono qui richiamarsi (per la loro particolare attinenza con la tematica in oggetto) quanto meno le seguenti:

D. 8.5.8.4. (Ulp. 17 *ad Ed.*)

Et si quidem is optinuerit, qui servitutem sibi defendit, non debet ei servitus cedi, sive recte pronuntiatum est, quia habet, sive perperam, quia per sententiam non debet servitus constitui, sed quae est declarari. Plane si amisit dolo malo domini aedium post litem contestatam, restitui ei oportet, quemadmodum placet in domino aedium.

D. 21.1.58.pr. (Paul. 5 *Resp.*)

Quaero, an, si servus apud emptorem fugit et in causa redhibitionis esse pronuntiatum fuerit, non prius venditori restitui debeat, quam rerum ablatarum a servo aestimationem praestiterit. Paulus respondit venditorem cogendum non tantum pretium servi restituere, sed etiam rerum ablatarum aestimationem [...].

D. 20.1.16.4 (Marc. *Lib. sing. ad form. hypothecaria*)

Interdum etiam de fructibus arbitrari debet iudex, ut, ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. Quid enim si minoris sit praedium, quam debe-

loqui: parlare nel mezzo di un discorso) con cui siffatte deliberazioni giudiziali sono comunemente individuate nelle fonti sul processo formulare. Il significato permane del resto anche nell'uso moderno.

⁵⁸ Ciò concorre tra l'altro a differenziare tecnicamente questo genere di formule da quelle caratteristiche dei giudizi muniti di un'*intentio ex fide bona*, nei quali la valutazione del giudice circa l'eventuale restituzione effettuata *in iudicio* (pur potendo in ogni caso condurre all'assoluzione del convenuto che abbia provveduto in questo senso) non presuppone formalmente alcun esplicito richiamo rivolto a quest'ultimo ad adempiere in natura, né tanto meno un intervento interinale ad opera del giudice specificamente finalizzato a pronunciarsi sul punto. A tal proposito può rinviarsi, anche per ulteriori riferimenti alla letteratura in materia, a S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., p. 8-9 e ss. ed E. LEVY, *Zur Lehre der sogenannten actiones arbitrariae*, cit., p. 78 ss.

⁵⁹ Per una più completa ricostruzione nelle numerose testimonianze al riguardo contenute nel Digesto e nelle fonti bizantine può rinviarsi nuovamente a W. LITEWSKY, *Zwischenbescheide im röm. Prozess*, cit., spec. pp. 180 ss.; nonché a A. HERDLITZKA, *Zur Lehre der Zwischenurteil*, cit., *passim*.

tur? Nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, nisi exstent et res non sufficit.

Come emerge con relativa evidenza dai frammenti richiamati, il contenuto essenziale della *pronuntiatio* interlocutoria formulata dal giudice nelle suddette circostanze è sì un accertamento dell'obiettiva fondatezza della pretesa azionata a giudizio già pendente (*post litem contestatam*), ma tale accertamento si distingue nettamente da quello effettuato nel contesto ed ai fini della sentenza definitiva per almeno due ragioni: da un lato, in quanto la decisione così pronunciata nel corso del processo non esaurisce completamente l'oggetto della vicenda giudiziale (come reso manifesto dalla circostanza che le fonti richiamate si riferiscano, più o meno esplicitamente, ad attività processuali successive alla pronuncia medesima⁶⁰); dall'altro, per il fatto che l'accertamento giurisdizionale finalizzato all'adozione di siffatta pronuncia non appare immediatamente strumentale alla definizione della lite di per sé considerata, quanto piuttosto a consentire prima di tutto la reintegrazione in forma specifica dell'interesse azionato prima ancora della conclusione di quest'ultima (ciò a cui sembrano riferirsi i frammenti in esame menzionando esplicitamente - in relazione agli effetti del provvedimento di cui trattasi - un generico *restituere* a carico della parte a ciò interessata). Dalle medesime fonti (e dalla connotazione complessiva delle situazioni processuali nelle stesse descritte) sembra inoltre potersi ricavare che la *pronuntiatio* interinale in questo senso enunciata nel corso del giudizio rappresenti la puntuale attuazione - nella fase decisoria - di quell'*arbitrium iudicis* che si è visto verosimilmente menzionato in modo esplicito nella clausola restitutoria inserita nella formula, nel senso che il contenuto specifico di siffatta pronuncia (che in alcune delle fonti viene in effetti collocata in espressa correlazione con l'*arbitrium* del giudice⁶¹) sembra costituire il ri-

⁶⁰ Così ad esempio - nella prima delle fonti richiamate - il ripristino della servitù fatta valere nel giudizio, la quale (come si legge espressamente nel testo) non viene costituita per effetto della pronuncia del giudice, ma semplicemente dichiarata nella sua obiettiva esistenza (*per sententiam non debet servitus constitui sed quae est declarari*). Ad intendere appunto che oggetto della pronuncia interinale non è la statuizione definitiva sulla legittimità o meno del diritto azionato, ma soltanto la sua attestazione. Sul punto, v. anche A. HERDLITCZKA, *Zur Lehre der Zwischenurteil*, cit., p. 96 ss., il quale evidenzia in particolare come le circostanze della restituzione (processuale) a cui si fa riferimento nel frammento in esame impediscano di ritenere, senza rischio di fraintendere il significato, che la *sententia* nello stesso richiamata possa essere identificata con la pronuncia del giudice che definisce la lite, dovendosi appunto qualificare piuttosto come pronuncia interinale relativa alla restituzione della *res*.

⁶¹ In questo senso sembra doversi intendere, in modo particolare, il riferimento all'*"arbitrari debet iudex"* nel terzo dei frammenti precedentemente riportati, da porsi in immediata correlazione con il suc-

sultato di una valutazione *lato sensu* «arbitraria» effettuata nel giudizio in relazione alle particolari esigenze della reintegrazione *in ipsam rem* in favore dell'attore; ad ulteriore conferma che il compito del giudice nel particolare contesto della decisione interinale sulla fondatezza della pretesa non fosse tanto quello di statuire una volta per tutte sulla corrispondenza formale tra la posizione azionata e le norme giuridiche alla stessa applicabili, bensì quello di determinare - in via provvisoria e con una certa libertà discrezionale quanto al contenuto della pronuncia - se e come il processo già in corso avrebbe potuto (e dovuto) proseguire in vista dell'eventuale adempimento della pretesa azionata ad opera del convenuto che intenda evitare la condanna. Il che avrebbe inevitabilmente comportato - sotto il profilo dei poteri riconosciuti al giudicante in sede di adozione di questa pronuncia interinale - la possibilità di indirizzare alle parti indicazioni e prescrizioni di diversa natura circa la condotta da tenere nel prosieguo del giudizio onde attuare il contenuto della pronuncia medesima.

Lungi dal costituire una decisione definitiva sulla *res controversa* o su una parte della stessa (al pari di talune pronunce di natura interlocutoria che avrebbero caratterizzato invece il processo postclassico e quello giustiniano⁶²), la *pronuntiatio* resa dal giudice sulla scorta della clausola restitutiva dei giudizi arbitrari si caratterizza pertanto come un provvedimento decisorio di natura provvisoria e munito in quanto tale di un'efficacia strumentale alla prosecuzione del giudizio. Non solo, infatti, la decisione in oggetto si colloca temporalmente in una fase del processo che precede gio-

cessivo richiamo al *pronuntiare* sulla questione dei frutti e indicativo appunto dell'incidenza esercitata dall'arbitrio del giudice sulla determinazione del contenuto della *pronuntiatio* interinale. Si vedano anche 39.1.21.4 (ove si parla in particolare di restituzione della cosa *viri boni arbitratu*) e D. 47.10.17.5 (ove il riferimento è analogamente all'*arbitratu iudicis* inteso come valutazione *quasi viri boni ut ille modum imponat*). Sul punto può nuovamente rinviarsi a S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., p. 105 ss., la quale contesta in particolare il tentativo su queste basi condotto dal Levy nel senso di escludere che tali espressioni potessero rivestire un significato specifico in relazione alla formula; Secondo l'autrice, infatti, l'autonoma menzione all'*arbitrium iudicis* nelle azioni in oggetto risulterebbe in questi termini tutt'altro che superflua, "rappresentando invece il fulcro dell'intera clausola formula-re" e consentendo al giudice di valutare "l'an, il quantum e il quomodo" dell'eventuale adempimento.

⁶² Si vedano in particolare D. 42.1 (*De re iudicata et de effectum sententiarum et de interlocutionibus*) e C. 7.45 (*De sententiis et interlocutionibus omnium iudicium*), i quali attestano apertamente tanto l'origine postclassica di siffatta nozione «moderna» di pronuncia «interinale» quanto gli sforzi condotti dai compilatori giustinianeî onde adeguare alla stessa le fonti precedenti. Sull'estraneità all'ordinamento classico di pronunce contenenti una decisione parziale o provvisoria della controversia devoluta in giudizio v. K. HACKL, *Das Preiudicium im klassischen römischen Recht*, Salzburg, 1976, *passim*. Per un riscontro testuale delle profonde trasformazioni che hanno coinvolto, in epoca postclassica, i poteri del giudice ed i suoi provvedimenti può rinviarsi tra gli altri a C.Th. 2.18.1: Imp. Cost. ad Maximum.

coforza la successiva ed eventuale sentenza sul merito della lite⁶³, ma si differenzia da quest'ultima e dai suoi contenuti anche sul piano funzionale degli effetti che produce, posto che l'accertamento di fatto della pretesa azionata a questo fine effettuato (pur avendo in astratto il medesimo oggetto di quello alla base della sentenza finale) non tende a stabilire la ragione o il torto delle parti interessate, quanto piuttosto a predisporre lo svolgimento successivo del giudizio pendente in funzione del contenuto della clausola arbitraria, ossia a creare le condizioni affinché l'eventuale adempimento in natura del convenuto costituito e riconosciuto responsabile possa produrre l'effetto liberatorio dall'assoggettamento alla condanna (espressa in denaro) prevista nella formula⁶⁴. Considerato che l'accertamento condotto dal giudice ai fini della *pronuntiatio* nelle azioni arbitrarie non produce altro effetto di natura decisoria se non quello di determinare l'attivazione nel giudizio del meccanismo contemplato nella clausola arbitraria, in altri termini, è evidente che la relativa decisione (pur avendo un contenuto formalmente meritorio) si configuri nella sostanza come un atto interinale avente un'efficacia esclusivamente processuale, rivolto da un lato ad autorizzare una valutazione «anticipata» (in base all'arbitrio del giudice) circa la merite-

⁶³ La potenziale asincronia tra il momento dell'eventuale *pronuntiatio* arbitraria e quello (successivo) della sentenza vera e propria sul merito della causa sembra emergere ad esempio in D. 3.50.1 (Ulp., 24 ad Sabinum): *Si hereditatis iudex contra heredem pronuntiaverit non agentem causam vel lusorie agentem, nihil hoc nocebit legatariis. Quid ergo, si per iniuriam fuerit pronuntiatum, non tamen provocavit? Iniuria ei facta non nocebit legatariis, ut et Sabinus significat. Si tamen secundum substitutum pronuntiet, an ille legatariis teneatur, videamus: et cum ius facit haec pronuntiatio quod attinet ad ipsius personam, numquid legatariis teneatur? Nec enim tam improbe causari potest secundum se iudicatum per gratiam. Respondebit igitur et legatariis, ut creditoribus [...]*.

⁶⁴ Sull'idoneità della *pronuntiatio* interinale a definire la causa con efficacia esecutiva e sulla conseguente valenza provvisoria della stessa rispetto alle sorti del convenuto v. ad esempio. L. WENGER, *Istituzioni*, cit., p. 191: "Se il convenuto prende su di sé le conseguenze del disobbedire [al precetto contenuto nella *pronuntiatio* a lui sfavorevole], l'interlocuzione rimane appunto senza effetto". In senso analogo - e con particolare attenzione alla strumentalità della pronuncia a un adempimento secondario e non immediatamente connesso alla sentenza finale - E. BETTI, *L'antitesi di iudicare e pronuntiare*, cit., p. 91-92: "il factum [oggetto della prestazione restitutoria di cui alla clausola arbitraria] non è un quid factum, bensì un quid facendum, un atto eventuale, futuro, e non è il contenuto di un un obbligo primario, bensì una facoltà secondaria del *reus* posteriore alla *litis contestatio* [...]". Il medesimo autore (*ibidem*, p. 96) ipotizza tra l'altro che le forme ed i contenuti caratteristici di tale pronuncia interinale sulla fondatezza della pretesa possano ricondursi storicamente alla necessità di un accertamento intermedio delle ragioni delle parti nell'antica struttura della *l.a. sacramento in rem* quale originario *modus agendi* di carattere generale per la tutela dei diritti reali, posto che nei relativi giudizi il giudice era chiamato in primo luogo a pronunciarsi sulla giustizia o meno dei reciproci giuramenti effettuati dalle parti e solo in un secondo momento a svolgere eventuali accertamenti sulla fondatezza della pretesa. In senso analogo sembra esprimersi U. LÜBTOW, *Ursprung und Entwicklung der condemnatio pecuniaria*, cit., p. 324 ss., ove si specifica appunto come lo scopo dell'intervento del giudice in quel modello processuale fosse innanzitutto quello di determinare in via provvisoria se il *sacramentum* delle parti fosse *iustum* o *iniustum*, con una *sententia* che non assumeva pertanto un'immediata valenza di precetto imperativo, riguardando soltanto un aspetto specifico del rapporto controverso.

volezza o meno del diritto azionato e aprendo dall'altro - sulla scorta di quest'ultima - un'alternativa decisoria affidata al convenuto tra la restituzione in natura e la *condemnatio* in denaro; senza peraltro che l'ulteriore possibilità in tal modo determinata dall'intervento del giudice comporti fin da subito un giudizio dirimente circa gli esiti del processo, traducendosi semplicemente in una nuova fase del medesimo giudizio specificamente incentrata sulle scelte del convenuto di fronte a questa alternativa⁶⁵.

Una volta determinata - nei termini anzidetti - la tendenziale fondatezza della pretesa azionata, infatti, la fase *apud iudicem* delle azioni arbitrarie poteva proseguire con l'effettiva imposizione delle sue conseguenze a carico del *vocatus*, vale a dire con un ulteriore intervento dell'organo giudicante finalizzato ad attuare in concreto - sulla scorta degli esiti della precedente *pronuntiatio* - le istruzioni decisorie della clausola arbitraria contenuta nella formula. In questo ulteriore momento della vicenda processuale, che costituiva probabilmente una conseguenza immediata ed una parte integrante della stessa *pronuntiatio*⁶⁶, il giudice privato responsabile del giudizio traduceva i risultati dell'accertamento interinale precedentemente condotto in un'esplicita indicazione alla parte interessata della condotta da tenere onde evitare la condanna, ponendo in tal modo il convenuto incidentalmente risultato responsabile nei confronti dell'avversario di fronte all'alternativa tra eseguire spontaneamente la pretesa accertata o subire le conseguenze del giudizio a suo carico come prescritte nella formula; il che equivaleva ad imporgli di scegliere in questa fase - ed a propria discrezione - se adempiere in natura già nel corso del processo oppure proseguire verso l'esito dello stesso ed accettare pertanto la *condemnatio* definitiva ad una somma di denaro.

⁶⁵ Particolarmente efficace appare in questo senso la ricostruzione proposta da M. MARRONE, *Sulla cd. pronuntiatio del giudice nelle azioni reali*, in *Au-delà des frontières. Mélanges Wolodkiewicz*, Warszawa, 2000 (oggi anche in Id., *Scritti giuridici*, II, 2003, p. 738 ss.), secondo il quale tale efficacia strumentale ed indiretta della pronuncia interinale corrisponderebbe al valore tecnico del verbo *pronuntiari* impiegato dalle fonti, mentre dovrebbe escludersi in radice che alla stessa pronuncia potessero riconoscersi "effetti pregiudiziali" idonei ad anticipare in tutto o in parte la validità positiva della sentenza di merito. In senso analogo v. anche A. PALMA, *Il luogo delle regole: Riflessioni sul processo civile romano*, Torino, 2016, p. 56 e nt. 138 (cit. anche lei),..., secondo la quale i verbo *pronuntiari* varrebbe in tal senso ad indicare nella prassi "[...] un'attività non tecnica del giudice che si concretasse in una pronuncia più articolata che, riconoscendo la fondatezza della pretesa attorea, aprisse la strada dell'*arbitratus de restituendo*". *Contra* E. BETTI, *L'antitesi di iudicare e damnare*, cit., p. 114 ss.

⁶⁶ Sulla verosimile correlazione tra i due autonomi momenti dell'intervento giudiziale si veda, da ultimo, C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, cit., p. 130 e nt. 195, secondo il quale "... la dichiarazione del giudice nel senso della fondatezza dell'*intentio* (la cosa in questione è di A.A.)" e il suo ordine a N.N. di restituire ad A.A. costituivano due punti di un'unica pronuncia fatta dal giudice in corso di giudizio". In senso analogo S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., p. 2, nt. 5.

Che ciò costituisse il contenuto specifico della presa di posizione manifestata dal giudice secondo la clausola arbitraria si ricava esplicitamente, oltre che dall'impiego nella clausola medesima del verbo *restituere* coniugato al futuro⁶⁷, dalle numerose testimonianze tramandate nel Digesto in cui si tratta per l'appunto della decisione del giudice sull'arbitrato restitutorio, le quali comprovano in effetti - più o meno apertamente - come l'adempimento successivo alla *pronuntiatio* interinale effettuata nel giudizio consistesse appunto nella prescrizione di un determinato comportamento a carico del *vocatus* al fine di consentirgli di rimanere indifferente alle conseguenze del processo⁶⁸. Sotto il profilo dell'oggetto, pertanto, è verosimile che la prescrizione giudiziale indirizzata al convenuto in seguito all'accertamento incidentalmente condotto in senso a lui sfavorevole comprendesse non soltanto una generica indicazione della possibilità di procedere *in iudicio* all'adempimento della pretesa (ciò che appare tra l'altro confermato dall'obiettivo richiamo contenuto nelle fonti alla restituzione in natura⁶⁹), ma anche - e a integrazione di quest'ultima - un puntuale riferimento alla

⁶⁷ Si è già osservato, infatti, come il tenore letterale della clausola in esame contenesse uno specifico riferimento alla restituzione della cosa (o alla reintegrazione in natura della pretesa azionata) nella forma condizionale *neque ea res restituetur, condemnato*, per effetto della quale il pretore autorizzava appunto il giudicante privato a pronunciarsi in un momento successivo sulla possibilità del convenuto (ritenuto inadempiente) di procedere in tal senso. Sul punto si veda anche M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 337: "Das Futurum ermächtigt den Richter, eine erst nach der *litis contestatio* vollzogene Naturalrestitution oder Exhibition zu berücksichtigen [...]"; nonché - con maggiore approfondimento - E. LEVY, *Zur Lehre der sogenannten Actiones arbitrarie*, cit., p. 70 ss.

⁶⁸ A tal proposito si veda ad es. D. 4.2.14.5 (Ulp. 11 ad Ed.), riferito all'*actio quod metus causa*, nel quale l'effetto liberatorio della *restitutio* processuale non solo è esplicitamente ricondotto all'*officium iudicis* esercitato nel giudizio ma appare anche specificamente collegato ad un apposito ordine (*iussum*) disposto dal giudice nei confronti del convenuto disponibile alla *restitutio*: *Aliquando tamen et si metus adhibitus proponatur, arbitrium absolutionem adfert. Quid enim si metum quidem Titius adhibuit me non conscio, res autem ad me pervenit, et haec in rebus humanis non est sine dolo malo meo: nonne iudicis officio absolvere? Aut si servus in fuga est, aequum, si caverio iudicis officio me, si in meam potestatem pervenerit, restitutum, absolvi debebo. Unde quidam putant bona fide emptorem ab eo qui vim intulit comparantem non teneri nec eum qui dono accepit vel cui res legata est. Sed rectissime viviano videtur etiam hos teneri, ne metus, quem passus sum, mihi captiosus sit. Pedius quoque libro octavo scribit arbitrium iudicis in restituenda re tale esse, ut eum quidem qui vim admisit iubeat restituere, etiamsi ad alium res pervenit, eum autem ad quem pervenit, etiamsi alius metum fecit: nam in alterius praemium verti alienum metum non oportet*. A dimostrazione, appunto, che la reintegrazione in forma specifica caratteristica delle azioni arbitrarie costituiva l'oggetto di una apposita formulazione restitutoria dell'organo giudicante conseguente alla *pronuntiatio* effettuata nel giudizio. Sulla fonte in esame v. anche S. VIARO, *Note sullo iussum de restituendo nelle azioni arbitrarie*, in *Il giudice privato nel processo civile romano*, II, Padova, 2015, pp. 69 ss.

⁶⁹ Si veda ad es. la già richiamata testimonianza in D. 6.1.57 (Alf. 6 ad Ed.), da cui si ricava con relativa chiarezza (al di là delle specificità derivanti dalla particolare situazione descritta nel frammento) che il contenuto dell'indicazione reintegrativa formulata dal giudice nei confronti del convenuto risultato responsabile consisteva appunto in un esplicito rinvio alla necessità di restituire la cosa controversa nell'interesse dell'avversario: *Is a quo fundus petitus erat ab alio eiusdem fundi nomine conventus est: quaerebatur, si alterutri eorum iussu iudicis fundum restituisset et postea secundum alterum peti-*

persona dell'attore potenzialmente destinataria della prestazione restitutoria, in modo tale da consentire alla parte convenuta effettivamente intenzionata a procedere in tal senso di conoscere esattamente (e sin dal principio) tanto la condotta a questo scopo necessaria quanto il soggetto nei cui confronti effettuarla⁷⁰. Né può escludersi in radice (pur sussistendo in proposito ricostruzioni discordanti) che la formula impiegata dal giudice onde indicare al convenuto l'eventualità arbitraria di un adempimento *in ipsam rem* potesse contenere - a discrezione del primo - anche ulteriori riferimenti quali l'oggetto specifico della restituzione in natura o un limite temporale entro il quale effettuarla, posto che simili indicazioni potevano a propria volta risultare determinanti per definire in concreto le modalità e i contenuti dell'attività liberatoria⁷¹. Maggiormente dibattuta sotto il profilo della qualificazione giuridica del richiamo alla *restitutio* effettuato dal giudice rimane invece la questione della specifica natura attribuibile a quest'ultima e così degli effetti alla stessa riconducibili, discutendosi in particolare se la condotta restitutoria indicata al convenuto in base al giudizio interinale sulla fondatezza della pretesa debba considerarsi l'oggetto di un autentico obbli-

toem res iudicaretur, quemadmodum non duplex damnum traheret. Respondi, ut prior iudex iudicaret, eum oportere ita fundum petitori restitui iubere, ut possessori caveret vel satisfaceret.

⁷⁰ Così S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., pp. 100 ss., la quale evidenzia in proposito come il mancato riferimento al beneficiario della prestazione restitutoria in alcune delle fonti che sembrano indicare più da vicino il contenuto della formula possa a ben vedere giustificarsi - in chiave concreta - alla luce del fatto che in alcune ipotesi l'indicazione espressa di siffatto soggetto sarebbe apparsa superflua per la stessa immediatezza con la quale il giudice avrebbe potuto individuarla sulla scorta della formula. Che tale indicazione costituisse una componente integrante dell'invito del giudice rivolto al convenuto sembra del resto risultare quanto meno indirettamente dalle testimonianze letterarie del suo impiego concreto all'interno del processo, tra le quali può richiamarsi in particolare - sempre sulla scia della ricostruzione di Viaro (Nt. 181) - Cic., *In Verrem*, II.2.12.31, ove l'Arpinate, nel riferire il contenuto della formula arbitraria concessa dal pretore e del conseguente ordine pronunciato dal giudice, vi inserisce appunto un esplicito riferimento alla parte destinataria della *restitutio* medesima: *Si vero illud quoque accedit, ut praetor in ea verba iudicium det ut vel L. Octavius Balbus iudex, homo et iuris et officii peritissimus, non possit aliter iudicare si iudicium sit eius modi: L. OCTAVIUS IUDEX ESTO. SI PARET FUNDUM CAPENATEM, QUO DE AGITUR, EX IURE QUIRITIUM P. SERVILI ESSE, NEQUE IS FUNDUS Q. CATULO RESTITUETUR, non necesse erit L. Octavio iudici cogere, P. Servilium Q. Catulo fundum restituere, aut condemnare eum quem non oporteat?*

⁷¹ Quanto all'eventuale indicazione dell'oggetto specifico della restituzione processuale, manca in particolare uniformità di vedute per quanto attiene alla questione se essa potesse essere effettuata unicamente dal giudice direttamente nel giudizio (v. ad es. M. TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva alla rei vindictio*, cit., p. 41) ovvero risultasse già indicata nella clausola restitutoria inserita nella formula (così, tra gli altri, M. KASER, *op. ult. cit.*). Per gli estremi di tale dibattito e gli argomenti a sostegno di ambedue le posizioni può rinviarsi in particolare a S. VIARO, *L'arbitratus*, cit., p. 101 ss., la quale - dal canto suo - condivide sul punto la tesi di quella parte della dottrina secondo cui il richiamo alla *res* che deve essere restituita sarebbe da ritenersi perfettamente compatibile con la struttura formulare della clausola arbitraria. Circa la possibilità della statuizione di un termine per la *restitutio* in natura, una chiara indicazione di carattere affermativo sembra invece potersi ricavare da D. 10.4.12.5 (Paul. 26 *ad Ed.*): *Si iusta ex causa statim exhiberi res non possit, iussu iudicis cavere debet se illo die exhibiturum*. Ulteriori riferimenti in M. KASER, *op. ult. cit.*, p. 338, nt. 25.

go gravante sul *vocatus* per prescrizione giudiziale⁷², o piuttosto come una semplice facoltà riconosciuta a quest'ultimo di adempiere in natura anziché sottostare ad una *condemnatio* in denaro⁷³. Ancorché la prima delle due posizioni così rappresentate possa apparire formalmente confermata - nel contesto delle fonti - dal frequente impiego del sostantivo *iussum* e del verbo *iubere*, per riferirsi rispettivamente al contenuto della pronuncia formulata dal giudice e alla sostanza materiale della relativa attività⁷⁴, risulta nondimeno preferibile - specie alla luce di alcuni contributi più recenti che hanno posto in evidenza il valore non dirimente di siffatte espressioni⁷⁵ - propendere piuttosto per la ricostruzione alternativa, vale a dire concludere che l'indicazione proveniente dal giudice all'esito della *pronuntiatio* nelle formule arbitrarie non costituisca un comando imperativo vincolante il convenuto ad adempiere in natura, ma rappresentasse piuttosto un semplice «invito» rivolto a quest'ultimo nel senso di approfittare del vantaggio processuale in questi casi riconosciutogli; tale cioè da autorizzarlo in concreto a soddisfare l'avversario (con efficacia liberatoria) dopo la *litis contestatio* senza tuttavia costringerlo per questo a procedere in tal senso. In favore di una ricostruzione in questi termini dell'intervento del giudice nelle formule arbitrarie depone in primo luogo la circostanza formale che non poche tra le fonti sino ad

⁷² È questa la tesi tradizionale e tutt'oggi prevalente nella letteratura sul punto; Limitandosi ai contributi che si esprimono al riguardo in maniera più inequivoca, può rinviarsi ad es. a L. WENGER, *Istituzioni*, cit., p. 142-143 (ove si parla in tal senso di un'"intimazione" al convenuto nel senso di restituire la *res* controversa) ed a M. TALAMANCA, s.v. "*Processo civile*", cit., p. 66 (in cui la *restitutio* formulata dal giudice è presentata come l'oggetto di un dovere specifico gravante sul *vocatus*).

⁷³ In questo senso sembrano esprimersi - tra gli altri - G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, cit., p. 134-135; M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 338 e C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, cit., p. 107, in cui si precisa esplicitamente che l'eventuale *restitutio* dal parte del convenuto sarebbe in ogni caso intervenuta "in seguito ad un formale invito del giudice a restituere [...]".

⁷⁴ Al proposito si vedano ad es. - oltre ai frammenti già sopra richiamati - D. 39.3.4.pr. (Ulp. 53 Dig.): [...] *aquae pluviae arcendae eum teneri: fuit enim dominus, cum opus faceret: et si iussu iudicis compulsus opus restituerit, non esse sepulchri violati actionem*; e D. 39.3.6.6. (Ulp. 53 ad Ed.): *Officium autem iudicis hoc erit, ut, si quidem a vicino opus factum sit, eum iubeat restituere damnumque sarcire, si quid post litem contestatam contigit: quod si ante litem contestatam damnum contigit, tantum opus restituere debebit, damnum non sarciet*.

⁷⁵ Ci si riferisce - in particolare - alle più volte menzionate pubblicazioni di S. VIARO in tema di ricostruzione delle funzioni del giudice nelle *formulae arbitrarie*: ID., *L'arbitratus de restituendo*, cit., e, più di recente, *Note sullo iussum de restituendo*, cit., p. 81, ove si evidenzia tra l'altro come il verbo *iubere* impiegato dalle fonti per descrivere la condotta del giudice nell'indicare al convenuto l'alternativa restitutoria alla condanna in denaro, lungi dall'assumere un significato tecnico puramente indicativo di un'obbligazione in tal senso, "si presti di per sé ad essere tradotto anche nel senso [decisamente più generico] di 'invitare' o, ancor meglio, di 'autorizzare'", richiamandosi in proposito anche alla precisazione di Pennitz, *op. e ll. cit.*, secondo la quale l'espressione in esame varrebbe ad indicare - né più né meno - la circostanza obiettiva "*daß etwas geschehen soll oder darf*". In senso analogo (ma con riguardo all'impiego del verbo *cogere*) v. anche M. DE SIMONE, *D 8.5.6.2: arbitratus de restituendo e refectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, in *AUPA* 45 (1998), p. 205 ss.

ora menzionate con riguardo al contenuto della procedura *apud iudicem* nei relativi giudizi, pur riferendosi più o meno esplicitamente ad uno *iussum restituendi* proveniente dal giudice, continuano a riferirsi nonostante quest'ultimo all'ordinaria possibilità di una *condemnatio* in denaro nei confronti del *vocatus*⁷⁶, lasciando in questo modo intendere - sia pur indirettamente - come nei relativi giudizi l'adempimento in natura *post litem contestatam* non rappresenti a ben vedere l'esito necessario della vicenda processuale, ma soltanto una possibile alternativa - eventualmente accessibile a discrezione del convenuto - rispetto alla naturale conseguenza della condanna in denaro, la quale rimane altrimenti generalmente applicabile anche in questi casi quale implicazione normalmente collegata all'avvenuto accertamento della responsabilità del *vocatus*. Il che equivale a ben vedere a riconoscere che, a fronte dell'eventuale mancata attuazione dell'«ordine» restitutorio pronunciato dal giudice, non è invero contemplata - a carico del *vocatus* - altra e più specifica sanzione se non quella normalmente derivante dal riconoscimento processuale della fondatezza della pretesa, ossia che il carattere arbitrario dell'azione giudiziaria nei suoi confronti esercitata non comporta di per sé conseguenze più gravi di quelle collegate alla sua soccombenza, ma unicamente la possibilità aggiuntiva (e di norma preclusa in questa fase del giudizio) di evitare la condanna aderendo spontaneamente alla prescrizione del giudice. Nei medesimi giudizi, la scelta del convenuto di procedere in tal senso e di attuare *in ipsam rem* la pretesa giuridica azionata dall'avversario sembra pertanto potersi qualificare - anziché come uno specifico obbligo coercibile dal giudice o (viceversa) come una semplice facoltà attribuita al *vocatus*⁷⁷ - alla stregua di una sorta di «onere» gra-

⁷⁶ Si veda ad es. la già richiamata testimonianza in D. 6.1.68 (Ulp. 51 ad Ed.): *Qui restituere iussus iudici non paret contendens non posse restituere, si quidem habeat rem officio iudicis ab eo possessio transfertur et fructuum dumtaxat omnisque causae nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere, aut dolo fecit quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere nec dolo fecit quo minus possit, non pluris quam quanti res est, id est quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Haec sententia generalis est et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur, locum habet.* Da essa emerge in effetti non solo che la *restitutio* ordinata dal giudice costituisce invero una semplice possibilità che il convenuto può sfruttare o meno a seconda dei casi (*si vero nec potest restituere*), ma anche che il suo mancato utilizzo determina in ogni caso l'ordinaria conseguenza della condanna in denaro (*quanti res est...condemnandus est*), non diversamente da quanto avverrebbe in ogni altro giudizio (*haec sententia generalis est et ad omnia...locum habet*).

⁷⁷ È infatti evidente come la scelta del *vocatus* di adempiere o meno alla prestazione restitutoria indicata dal giudice al momento della *pronuntiatio* interinale non sia per lui completamente libera e priva di conseguenze, comportando se non altro - in caso di rifiuto dell'adempimento in natura - la conseguenza negativa dell'assoggettamento alla condanna in denaro prevista nella formula. In questa prospettiva, può rinviarsi tra l'altro alla già menzionata ricostruzione degli effetti caratteristici delle for-

vante su quest'ultimo di fronte alla possibilità di restituire in natura riconosciutagli nel giudizio, posto che la contraria decisione di ignorare l'invito e di proseguire nel giudizio non avrebbe comportato alcuna specifica implicazione se non quella della rinuncia al corrispondente vantaggio e del conseguente assoggettamento alla condanna pecuniaria⁷⁸. Non, dunque, una vera e propria sanzione processuale come quella che deriverebbe dalla violazione di un comando immediatamente coercibile all'interno del giudizio, bensì un incentivo per il convenuto riconosciuto responsabile del diritto azionato nel senso di soddisfare spontaneamente l'avversario già nel corso del processo, stimolandolo in questo senso attraverso la prospettiva della liberazione dalla pretesa ma lasciandolo al contempo giuridicamente libero di decidere se accogliere volontariamente siffatto risultato oppure se rinunciarvi accettando in alternativa la condanna in denaro; senza peraltro che siffatta decisione del *vocatus* rispetto alla restituzione in natura in favore dell'avversario potesse in qualche misura imporsi - all'esito del giudizio - in senso contrario alla volontà delle parti⁷⁹. Non può del resto

mule arbitrarie contenuta in D. 4.2.14.4 (Ulp. 11 ad Ed.), ove la posizione del convenuto di fronte all'invito del giudice alla *restitutio* della cosa è eloquentemente qualificata come l'oggetto di una semplice «licenza» riconosciuta all'interessato dall'organo giudicante e dal primo esercitabile fino al momento della *sententia*; con l'ulteriore precisazione che il mancato esercizio della medesima licenza nei termini prescritti può condurre a buon diritto - nei confronti del convenuto - all'ordinaria pronuncia di una sentenza di condanna per la somma stabilita: *Haec autem actio cum arbitraria sit, habet reus licentiam usque ad sententiam ab arbitro datam restitutionem, secundum quod supra diximus, rei facere: quod si non fecerit, iure meritoque quadrupli condemnationem patietur. Contra* M. MARRONE, *Sulla cd. pronuntiatio*, cit., p. 737, ove si legge che "quello del giudice delle azioni di cui si tratta era più che un semplice invito: sulla scorta delle fonti si dice che il giudice 'ordinava' la restituzione".

⁷⁸ In questo senso, si veda in particolare G. PROVERA, *Contributi allo studio del iusiurandum in litem*, cit., p. 87 nt. 30: secondo il quale "per diritto classico [non si possa] parlare di un obbligo di *restituere* perché il possessore era giuridicamente libero di uniformarsi, non essendo prevista né prevedibile, nel caso concreto, altra sanzione al di fuori della *condemnatio* al *quanti ea res erit*". Sull'onere quale situazione giuridica soggettiva a contenuto passivo caratterizzata dalla necessità di tenere una determinata condotta al fine di conseguire un determinato vantaggio di carattere giuridico v. O. SCOZZAFAVA, voce "Onere", in *Enc. Dir.*, XXX, 1980, p. 99 ss. e A. DURANTE, *Ibidem*, 1990, p. 137 ss. Sulla differenza tra l'onere definito in questi termini e le situazioni più propriamente qualificabili in termini di obbligo all'interno del processo G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939, p. 206 ss.

⁷⁹ Nel senso della difficile configurabilità di un potere immediato del giudice di imporre al *vocatus* l'adempimento in natura del precetto contenuto nella clausola arbitraria si veda ad esempio V. SCIALOJA, *Procedura civile romana, II: Esercizio e difesa dei diritti*, Roma, 1936, il quale, pur riconoscendo che "il giudice comandava al convenuto di restituire la cosa all'attore", osserva al tempo stesso che "il convenuto poteva tuttavia sottrarsi a questo comando, né vie era alcun modo, nel periodo formulare classico, di costringerlo all'esecuzione in natura". Secondo A. GIFFARD, *Leçons sur la procédure civile romaine*, Parigi, 1932, pp. 141 ss., analogamente, la forza coercitiva diretta dello *iussu restituendi* pronunciato dal giudice, inizialmente inconciliabile con la limitatezza dei poteri del giudice in età formulare, si sarebbe affermata per la prima volta ed in maniera definitiva nelle forme dell'esecuzione *manu militari* del processo giustiniano. Il già richiamato passaggio di D. 6.1.68, secondo cui l'ordine restitutorio del giudice rimasto ineseguito sarebbe conseguentemente risultato coercibile *manu militari* all'interno del processo, deve pertanto considerarsi il risultato di un'alterazione compilatoria.

rimanere inosservato che una qualificazione dell'intervento del giudice nei termini di un comando di natura imperativa e con efficacia precettiva nei confronti del *vocatus* (peraltro potenzialmente derogatoria rispetto alla condanna come espressa nella formula) si sarebbe posto in aperto contrasto con la stessa funzione del giudice privato nel processo formulare e col significato dei suoi rapporti con le parti in questa fase del giudizio, a fronte dei quali difficilmente l'organo giudicante avrebbe potuto esercitare una forza coercitiva diretta nei confronti del convenuto in assenza di una corrispondente indicazione risultante dall'accordo perfezionato dalle parti con l'accettazione della formula, la quale conteneva sul punto (come già evidenziato) unicamente un generico rinvio alla valutazione arbitraria effettuata dal giudice in ordine alla adeguatezza della soddisfazione in natura spontaneamente eseguita⁸⁰. Senza contare che, laddove la prescrizione reintegrativa pronunciata dal giudice fosse risultata coercibile in via generale (quale esito necessario del processo) ed a prescindere da un'iniziativa in tal senso della parte interessata, ciò avrebbe comportato un altrettanto generalizzato sacrificio del principio cardine del processo *per formulas* per cui la condanna definitiva eventualmente resa all'esito del giudizio deve in ogni caso rimanere espressa in una somma di denaro; un risultato difficilmente conciliabile (nei termini suddetti) tanto con i limiti obiettivi dell'intervento del pretore rispetto al diritto civile, quanto con la tradizionale tendenza di quel sistema processuale alla coerente conservazione dei suoi caratteri di fondo anche a fronte delle trasformazioni imposte dalle esigenze della prassi rispetto alla stessa inadeguatezza di alcune loro implicazioni⁸¹.

⁸⁰ Sul ruolo del giudice nel processo più antico e le sue implicazioni in ordine all'efficacia non immediatamente coercitiva riconosciuta alle sue pronunce v. U. LÜBTOW, *Ursprung und Entwicklung der condemnatio pecuniaria*, cit., p. 324. Per una ricostruzione alternativa del problema della non immediata coercibilità del precetto restitutorio del giudice nei termini di una conseguente ineseguibilità della correlativa pretesa *in rem* fatta valere dall'attore nei medesimi giudizi v. J. VÁZNY, *Osservazioni generali sulla sentenza e la res iudicata*, in *BIDR*, 5 (1939), p. 131 ss., per cui l'arbitrato restitutorio non darebbe di conseguenza luogo ad alcuna pretesa immediatamente azionabile da parte dell'attore.

⁸¹ Tale inadeguatezza del correttivo introdotto nelle formule arbitrarie a realizzare un generalizzato superamento, nel quadro dei relativi processi, del principio classico della *condemnatio pecuniaria* è efficacemente riconosciuta da S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., p. 193, in cui si sottolinea in particolare - anche sulla scorta delle osservazioni sul punto formulate da altri autori - come non appaia di conseguenza corretto "sostenere che le azioni munite di clausola arbitraria si dirigevano primariamente a ottenere una restituzione in natura" in luogo della condanna in denaro normalmente prescritta, posto che quest'ultima "rimaneva salda in tutti i casi in cui una rimessione in pristino non avesse avuto spontaneamente luogo *ante sententiam*". Nel senso del carattere meramente facoltativo della restituzione autorizzata dal giudice con la pronuncia arbitraria (e della conseguente sopravvivenza - anche in questi giudizi - del generale principio della pecuniarietà necessaria della condanna definitiva), si veda anche A. HERDLITZKA, *Formula arbitraria*, cit., p. 68 e nt. 65, ove a supporto dell'effettiva incoercibilità dell'ordine restitutorio proveniente dal giudice e della correlativa libertà del *vocatus* di

2.3. Il contenuto processuale della reintegrazione in natura e la sua valutazione

Difronte all'invito proveniente dal giudice nel senso di adempiere alla pretesa sostanziale fatta valere dall'attore, la parte convenuta (riconosciuta in ipotesi giuridicamente responsabile nei confronti dell'avversario) si sarebbe dunque trovata - nel corso del processo - difronte a un'alternativa tra due possibili condotte: da un lato, essa avrebbe potuto assecondare la richiesta in tal senso formulata nella *pronuntiatio* interinale e dare effettivamente attuazione - in maniera spontanea - all'interesse dell'avversario, evitando in tal modo la condanna pecuniaria e ogni ulteriore implicazione collegata al processo; dall'altro, avrebbe invece potuto ignorare lo *iussum* e rifiutare di conseguenza la soddisfazione in natura, nel qual caso il giudizio sarebbe proseguito fino alla sentenza di merito concludendosi normalmente con la condanna in denaro. Né il giudice avrebbe potuto imporre l'attuazione immediata della propria indicazione in via preferenziale rispetto alla scelta contrapposta di contravvenire allo *iussum*, posto che la pronuncia intermedia sulla fondatezza del diritto in quest'ultimo contenuta risultava sprovvisa - per le suddette ragioni - di efficacia esecutiva diretta. Da quel momento in avanti, di conseguenza, gli esiti del processo (ed ogni altra implicazione allo stesso collegata) sarebbero stati rimessi - in modo esclusivo - alla determinazione unilaterale del convenuto interessato, il quale, pur essendo risultato provvisoriamente suscettibile di condanna, avrebbe potuto liberarsi dalla responsabilità già accertata alla sola condizione (di per sé meramente potestativa) di eseguire correttamente il contenuto dello *iussum*, ma anche assoggettarsi volontariamente alla medesima condanna qualora avesse preferito conservare la *res* controversa al fine di acquistarne la disponibilità legittima all'esito del processo⁸². Nelle medesime ipotesi, di conseguenza, la decisione finale sopra il merito della lite avrebbe presupposto un accertamento preventivo ad opera del giudice in ordine alla scelta effettuata dal *vocatus*, vale a dire un ulteriore momento di verifica interna alla vicenda del processo volto ad accertare in maniera specifica l'eventuale adempimento della pretesa restituito-

sottrarsi allo stesso ed accettare la condanna si richiamano tra l'altro le significative testimonianze di D. 12.3.8. e D. 4.2.14.1, in cui la scelta del convenuto di non adempiere a tale onere è evidentemente rappresentata nei termini un'attività volontaria: "*restituere ei non vult*" e risp. "*Si quis non restituat*".

⁸² Si veda in tal senso quanto osservato *supra* (§ 1) quanto agli effetti sostanziali della *litis aestimatio*.

ria precedentemente indicata, e quindi a determinare - in via alternativa - se la sentenza finale conclusiva del giudizio nei suoi confronti instaurato avrebbe dovuto essere (a seconda dei casi) di piena assoluzione ovvero di condanna. Il terzo dei momenti in cui si articolava - come sopra anticipato - l'*officium* del giudice nelle azioni connotate da una clausola arbitraria consiste pertanto nella necessità di una specifica valutazione infraprocedimentale della condotta del convenuto di fronte alla *pronuntiatio* a lui sfavorevole, i cui esiti avrebbero inevitabilmente condizionato l'intero svolgimento della vicenda processuale nella rimanente porzione della fase *apud iudicem*. Non soltanto, infatti, la valutazione del giudice in merito all'eventuale adempimento posto in essere dal *vocatus* avrebbe consentito di accertare in concreto la scelta di quest'ultimo in relazione allo *iussum*, ma avrebbe anche condizionato - in misura corrispondente - la sentenza di merito conclusiva del giudizio, vincolando il giudice in un senso o nell'altro nella determinazione del contenuto della decisione finale: favorevole al convenuto (nonostante il risultato della pronuncia intermedia) laddove quest'ultimo avesse effettivamente adempiuto all'invito del giudice; sfavorevole allo stesso (e quindi condannatorio) qualora invece l'adempimento medesimo non fosse intervenuto o non corrispondesse alle prescrizioni dello *iussum*.

Ciò premesso - in termini generali - per quanto attiene alla natura e alla collocazione specifica della valutazione giudiziale circa le scelte del convenuto in ordine all'adempimento *post litem contestatam*, questione più complessa e storicamente problematica è quella riguardante l'effettiva estensione del relativo accertamento in forza di essa condotto all'interno del processo. Se non vi è dubbio, come già evidenziato, che l'oggetto specifico di tale sub-procedimento fosse quello di valutare l'eventuale esecuzione in natura effettuata dal *vocatus* in seguito e per effetto dello *iussum* restitutorio pronunciato dal giudice, infatti, rimane indefinito e largamente controverso quali fossero gli aspetti concretamente considerati dall'organo giudicante in siffatte circostanze e in quali termini il relativo apprezzamento potesse effettivamente incidere nel caso concreto sulla determinazione del contenuto specifico della sentenza definitiva. Si è già evidenziato nei precedenti paragrafi come la facoltà del giudice di valutare in concreto le modalità e i contenuti dell'adempimento in natura effettuato nel corso del giudizio fosse verosimilmente l'oggetto di un puntuale riferimento, all'interno delle

formule con clausola restitutoria, a uno specifico «arbitrio» riconosciuto al medesimo nella fase *apud iudicem*, nonché - per altro verso - come tale richiamo al carattere arbitrario dell'intervento del giudice si riflettesse obiettivamente - sul piano applicativo - nell'autorizzazione di una certa discrezionalità dell'organo giudicante nel definire in concreto modalità e contenuti dell'adempimento restitutorio in sede di pronuncia interinale sulla pretesa azionata e di successivo invito alla *restitutio in ipsam rem*⁸³. Sulla base di siffatto potere a contenuto discrezionale, come si è detto, il giudice privato nominato nella formula avrebbe infatti potuto non soltanto autorizzare il *vocatus* (risultato in torto nel giudizio intermedio sulla fondatezza della pretesa) ad adempiere eccezionalmente a quest'ultima *post litem contestatam*, ma anche determinarne le condizioni e i contenuti specifici con riguardo alle concrete esigenze del caso di specie, indicando nello *iussum restituendi* rivolto al convenuto legittimato ad adempiere tanto il destinatario specifico dell'adempimento medesimo quanto l'oggetto concreto della condotta da osservare per evitare la condanna, oltre a poter definire (sempre laddove ciò gli apparisse necessario per le particolari caratteristiche della fattispecie in esame) un termine massimo entro il quale procedere alla prestazione richiesta⁸⁴. Volgendo a questo punto lo sguardo allo svolgimento della vicenda processuale successivo alla *pronuntiatio*, deve pertanto ritenersi che l'ampiezza delle valutazioni effettuate dal giudice in caso di adempimento spontaneo da parte del convenuto rispecchiasse direttamente la portata specifica dello *iussum* restitutorio in precedenza rivoltagli, vale a dire che si estendesse in concreto ai medesimi contenuti (più o meno rigorosi) dell'adempimento in natura eseguibile nel processo come determinati in via interinale al momento dell'invito a procedere in tal senso. In quella sede, in altri ter-

⁸³ Ci si riferisce, in particolare, a quanto sopra osservato alle pp. 404 ss. del presente capitolo, ove si è evidenziato tra l'altro - sulla scorta della dottrina più recente che si è occupata del problema - come siffatto riferimento alla funzione arbitrale assolta dal giudice nelle azioni in parola, lungi dall'apparire come un semplice richiamo all'impostazione edittale delle azioni medesime, dovesse verosimilmente risultare incluso nello specifico testo della specifica azione concessa dal pretore all'interno del giudizio, essendo a ben vedere reso necessario sul piano concreto dall'esigenza di autorizzare la maggiore ampiezza della cognizione giudiziale rispetto a quella normalmente riconosciuta negli altri giudizi. In senso analogo si vedano anche le conclusioni sul punto di S. VIARO, *L'arbitratus*, cit., p. 134.

⁸⁴ In aggiunta a quanto sopra osservato con riguardo agli eventuali contenuti aggiuntivi della pronuncia restitutoria formulata dal giudice, può in questa sede rilevarsi come non sia da escludersi che tra le possibilità a disposizione di quest'ultimo nel definire lo *iussum* rientrasse anche quella di imporre alle parti specifiche *cautiones* dirette a garantire la corretta esecuzione della prestazione in natura o comunque ad evitare che l'uno o l'altro contendente potessero frapporti degli ostacoli nel corso del giudizio. Ciò sembra potersi ricavare, tra l'altro, dal già richiamato frammento di Marciano sulla garanzia ipotecaria (D. 20.1.13.5). Sul punto si veda anche L. CHIAZZESE, *Jusiurandum*, cit., p. 48 ss. e 66 ss.

mini, l'organo giudicante avrebbe dovuto verificare, onde procedere o meno alla condanna in denaro, l'obiettivo corrispondenza tra l'adempimento in natura spontaneamente effettuato nel corso del giudizio e le indicazioni da lui stesso precedentemente indirizzate al convenuto responsabile quali concrete condizioni per la sua assoluzione; il che gli avrebbe in buona sostanza consentito di valutare nel merito - secondo i criteri arbitrariamente stabiliti nella pronuncia interinale - se e in che misura l'adempimento effettuato *in iudicio* dalla parte interessata potesse considerarsi effettivamente soddisfattivo della pretesa dell'avversario in quanto già ritenuta meritevole di tutela. Che tali fossero lo scopo e l'estensione specifica della valutazione arbitraria condotta dal giudice in sede di verifica dell'eventuale esecuzione dello *iussum restituendi* da parte del *vocatus* è testimoniato a ben vedere da diverse attestazioni contenute nelle fonti che si riferiscono appunto - direttamente o indirettamente - agli effetti di un adempimento effettivamente eseguito nei giudizi arbitrari sulla base del precedente invito formulato dal giudice. Si consideri in particolare il seguente frammento:

D. 4.7.8.pr. (Paul. 12 ad Ed.)

Ex hoc edicto tenetur et qui rem exhibet, si arbitrato iudicis pristinam iudicii causam non restituit. Ait praetor: "Quaeve alienatio iudicii mutandi causa facta erit": id est si futuri iudicii causa, non eius quod iam sit.

Nel commentare l'editto *de alienatione iudicii mutandi causa facta*⁸⁵, Paolo evidenzia come la responsabilità da quest'ultimo nascente all'interno del processo si estenda anche nei confronti di colui che, pur avendo esibito in giudizio la cosa controversa (*et qui rem exhibet*), non l'abbia tuttavia restituita nella condizione originaria determinata in precedenza dall'arbitrato del giudice (...*arbitrato iudicis pristinam iudicii causam non restituit*); il quale, come si intende di conseguenza dalla lettura del testo, avrebbe pertanto subito le medesime implicazioni di chi avesse invece rifiutato fin

⁸⁵ Con tale espressione, l'editto si riferisce in buona sostanza a quelle ipotesi di trasferimento del possesso della *res litigiosa* effettuato dalla parte in favore di un terzo con l'intento specifico di evitare il giudizio per la rivendica della stessa, vale a dire quelle situazioni di abbandono fraudolento del bene controverso che altre fonti qualificano più genericamente nei termini, altrettanto eloquenti, di *ficta possessio* o di *dolo desinere possidere*. Sul tema, si veda di recente, Y. GONZÁLEZ ROLDÁN, *Dolo desinere possidere fra editto del pretore e scienza giuridica*, Bari, 2010; M. MARRONE, *A proposito di perdita dolosa del possesso*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, VI, Milano, 1987; nonché - per la letteratura più risalente - J. PARTSCH, *De l'edit sur l'alienatio iudicii mutandi causa facta*, Ginevra, 1909 e C. ARNÒ, *Responsabilità per ficta possessio*, Torino, 1940.

dal principio di reintegrare l'avversario. Da ciò sembra potersi ricavare - se non altro *a contrario* - che l'accertamento del giudice in sede di verifica dell'eventuale restituzione effettuata dal convenuto non avrebbe riguardato in maniera esclusiva la circostanza in sé dell'avvenuta esecuzione (vale a dire l'*an* della *restitutio* in natura), ma si sarebbe esteso - a conferma di quanto sopra osservato - anche alla verifica della concreta corrispondenza tra la medesima esecuzione e la condotta stabilito in sede di *pronuntiatio* (ossia, per così dire, il *quomodo* della restituzione medesima), consentendogli di tener conto - in vista della determinazione finale circa l'esito del giudizio - di ogni eventuale divergenza tra quanto precedentemente stabilito nel suo apprezzamento arbitrario e quanto effettivamente compiuto dal convenuto intimato in un momento successivo. Lungi dal risolversi in una semplice attestazione dell'avvenuto adempimento dell'invito restitutorio, in altri termini, il compito del giudice in sede di determinazione degli effetti della clausola arbitraria all'interno del processo ricomprende a ben vedere una più ampia valutazione della condotta del *vocatus* di fronte allo *iussum restituendi* in precedenza rivoltagli, volta sì ad prendere atto della fatto che questi abbia ritenuto di approfittare della facoltà restitutoria con lo stesso riconosciutagli, ma anche - ed al contempo - ad apprezzare se il comportamento dal medesimo tenuto sulla base di quest'ultima possa in effetti considerarsi soddisfacente dell'interesse fatto valere dall'attore, e quindi giustifichi l'assoluzione del convenuto all'esito del giudizio (vale a dire l'esclusione della condanna prevista nella formula)⁸⁶. Della effettiva portata di siffatta verifica dell'avvenuta soddisfazione *post litem contestatam* dell'interesse dell'attore ci informa poi un frammento di Pomponio riguardante per l'appunto i contenuti necessari della *restitutio* processuale:

D. 50.16.246.1 (Pomp. 15 Epist.)

Restituit non tantum, qui solum corpus, sed etiam qui omnem rem condicionemque reddita causa praestet: et tota restitutio iuris est interpretatio.

⁸⁶ Si condivide sul punto il giudizio di S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., p. 107 e p. 112 ss., secondo la quale "l'*arbitratus* in questione consentiva che, nella lite intrapresa contro il debitore, il *iudex* procedesse a una valutazione complessiva dell'interesse dell'attore, tale da considerare - ai fini del eventuale soddisfacimento *ante sententiam* - non soltanto l'obbligazione estintasi per remissione formale, ma altresì le garanzie personali e le reali che alla stessa accedevano [...]".

Come emerge esplicitamente dalle parole del giurista nel passaggio in esame (come da numerosi ulteriori frammenti che potrebbero richiamarsi nella stessa prospettiva⁸⁷) il significato della reintegrazione *in ipsam rem* effettuata dal convenuto nel corso del giudizio non coincide con quello di una restituzione materiale dell'oggetto della pretesa (*solum corpus*), ma comprende al tempo stesso una serie di prestazioni di diverso contenuto che completano e si affiancano alla restituzione medesima, il cui scopo dichiarato nel contesto del processo è quello di assicurare in concreto la capacità di quest'ultima di ripristinare esattamente la situazione azionata (*omnem rem condictionemque reddita causa*). Oggetto specifico dell'adempimento in natura prescritto al *vocatus* onde evitare la condanna - e con ciò contenuto essenziale del relativo accertamento effettuato dal giudice - è pertanto un comportamento complesso e variamente articolato, comprensivo non soltanto della formale attuazione della pretesa giuridica manifestata nell'*intentio*, ma anche di ogni ulteriore adempimento ritenuto necessario - secondo le mutevoli caratteristiche della vicenda processuale - a realizzare integralmente l'interesse dell'attore, ossia ad assicurare a quest'ultimo, attraverso la prestazione spontanea offerta dall'avversario, una piena ed effettiva soddisfazione della «*causa actionis*» originariamente perseguita con l'instaurazione del giudizio⁸⁸. Correlativamente, il potere esercitato dal giudice in sede di valutazione della condotta restitutoria spontaneamente effettuata non poteva che risultare diretto a un apprezzamento complessivo e precisamente calibrato della prestazione processuale a questo scopo eseguita dalla parte interessata, volto ad accertare - oltre alla corretta attuazione delle prescrizioni contenute nello *iussum restituendi* - che la stessa risultasse effettivamente adeguata a reintegrare l'avversario nella totalità degli interessi o dei vantaggi perseguiti al momento dell'azione e divenuti di conseguenza oggetto del rap-

⁸⁷ Si considerino ad es. D. 5.1.20 (Gai. 7 *ad Ed. Prov.*); D. 39.3.6.6 (Ulp. 53 *ad Ed.*); D. 50.16.35 (Paul. 17 *ad Ed.*); o - ancora - D. 22.1.2 (Pap. 6 *Quaest.*). Ulteriori riferimenti alle fonti che si occupano della *restitutio* processuale in E. LEVY, *Zur Lehre der sog. actiones arbitrarie*, cit., p. 36 ss.

⁸⁸ Sulla *causa actionis* come contenuto specifico dell'onere restitutorio gravante sul convenuto e - più in generale - sull'estensione della *restitutio* processuale con efficacia liberatoria si veda anche M. KASER, *Restituere al Prozessgegenstand: Die Wirkungen der litis contestatio auf den Leistungsgegenstand im römischen Recht*, München, 1968, pp. 38 ss., 159 ss. e p. 231; nonché E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Aalen, 1962, pp. 97 ss. Per la relazione tra il *causam restituere* e l'ampiezza oggettiva della prestazione restitutoria determinata dal giudice v. anche - tra gli altri - D. 12.1.31.pr. (Paul. 17 *ad Plaut.*): *Cum fundus vel homo per conditionem petitus esset, puto hoc nos iure uti, ut post iudicium acceptum causa omnis restituenda sit, id est omne, quod habiturus esset actor, si litis contestandae tempore solutus fuisset*.

porto processuale⁸⁹; il che comporta naturalmente, come emerge d'altro canto dalla stessa testimonianza di Pomponio sopra richiamata (ove la *restitutio* è esplicitamente qualificata come un'attività «interpretativa»), che l'organo giudicante disponesse in concreto - anche in questa fase (come già al momento della *pronuntiatio* interinale e del successivo a restituire la *res*) - di una certa discrezionalità valutativa in ordine alla determinazione delle attività necessarie al fine di soddisfare la pretesa avversaria. Paradigmatica dell'ampiezza degli apprezzamenti effettuati dal giudice in relazione all'idoneità e alla sufficienza della prestazione eseguita ai fini della soddisfazione *in iudicio* della pretesa avversaria appare in particolare la testimonianza delle fonti in merito alla restituzione dei frutti della cosa eventualmente maturati nel corso del giudizio. Da tale testimonianza emerge in effetti come l'oggetto della valutazione giudiziale della *restitutio* effettuata dal convenuto nelle azioni munite di clausola arbitraria non si limitasse - come invece (per lo meno in origine) nei giudizi di stretto diritto⁹⁰ - alla determinazione dell'interesse giuridico definito dall'attore con la *litis contestatio* (nel caso emblematico delle azioni reali la prestazione della cosa devoluta nel giudizio), ma si estendesse anche - ed in aggiunta a quest'ultima - alla reintegrazione dei frutti eventualmente maturati dal godimento della medesima cosa nel corso del giudizio, inclusi in quanto tali nella più ampia nozione di «*causa rei*» che si è vista costituire il contenuto specifico della prestazione restitutoria effettuabile dal *vocatus*:

D. 50.16.22 (Gai. 4 *ad Ed. prov.*)

Plus est in restitutione, quam in exhibitione: nam "exhibere" est praesentiam corporis praebere, "restituere" est etiam possessorem facere fructusque reddere: pleraque praeterea restitutionis verbo continentur.

⁸⁹ In questi termini si esprime in particolare M. KASER, *Restituere*, cit., p. 7 s, laddove egli precisa che "...in dem so verstandenen *restituere* ist nun die Erstattung aller jener Vorteile enthalten, die [...] dem Kläger zwischen diesem Augenblick und dem Moment der Urteilsfällung zuteil geworden waren".

⁹⁰ In generale sul regime dei frutti nel contesto delle pretese restitutorie concretamente azionabili nei processi reali si vedano M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., pp. 297 ss. e nt. 13 e M. WIMMER, *Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten*, Köln, 1995, pp. 59 ss. Per la successiva e progressiva estensione di siffatta possibilità anche ad altri giudizi si veda *infra* la nt. 91. Una testimonianza confermativa del multiforme contenuto dell'onere restitutorio imposto al convenuto nei giudizi in esame può leggersi ad esempio in D. 6.1.20 (Gai. 6 *ad Ed. prov.*): *Praeterea restituere debet possessor et quae post acceptum iudicium per eum non ex re sua adquisivit: in quo hereditates quoque legataeque, quae per eum servum obvenerunt, continentur. Nec enim sufficit corpus ipsum restitui, sed opus est, ut et causa rei restituatur, id est ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo iudicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset. Itaque partus ancillae restitui debet, quamvis postea editus sit, quam matrem eius, post acceptum scilicet iudicium, possessor usuceperit: quo casu etiam de partu, sicut de matre, et traditio et cautio de dolo necessaria est.*

D. 6.1.27.1 (Paul. 21 *ad Ed.*)

Possidere autem aliquis debet utique et litis contestatae tempore et quo res iudicatur. Quod si litis contestationis tempore possedit, cum autem res iudicatur sine dolo malo amisit possessionem, absolvendus est possessor. Item si litis contestatae temporis non possedit, quo autem iudicatur possidet, probanda est procui sententia, ut omnimodo condemnetur: ergo et fructuum nomine ex quo coepit possidere damnabitur.

D. 50.16.81 (Paul. 10 *ad Plaut.*)

Cum praetor dicat "ut opus factum restituatur", etiam damnum datum actor consequi debet: nam verbo "restitutionis" omnis utilitas actoris continetur.

In questi giudizi, di conseguenza, la portata della reintegrazione liberatoria effettuata dal *vocatus* (e come tale discrezionalmente valutabile in sede di verifica giudiziale dell'esecuzione dello *iussum*), anziché coincidere con il generico ripristino della situazione giuridica antecedente al processo come definita nel momento della costituzione della lite (quale sarebbe - nelle azioni reali - la semplice *exhibitio* della presenza corporale della cosa controversa), può espandersi ulteriormente oltre i confini di quest'ultima fino a ricomprendere anche quelle prestazioni complementari o accessorie rispetto alla causa principale (quale appunto la restituzione dei frutti *post litem contestatam*⁹¹) che assicurino all'avversario una compiuta soddisfazione dell'interesse azionato all'interno del processo (*omnis utilitas actoris continetur*); con l'ulteriore conseguenza che l'effettiva liberazione della parte convenuta dalla responsabilità accertata a suo carico nel corso del giudizio appare in questi casi subordinata ad una reintegrazione in natura a vantaggio dell'attore che risulti adeguata - secondo il relativo apprezzamento effettuato dal giudice - a mantenere indenne l'attore medesimo

⁹¹ Accanto all'ipotesi paradigmatica della prestazione dei frutti, ulteriori adempimenti complementari rispetto all'oggetto principale dell'onere restitutorio avrebbero poi potuto verosimilmente individuarsi - nell'interesse dell'attore - per effetto dell'arbitrio esercitato del giudice. Sul punto si veda ad es. M. WIMMER, *Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten*, cit., p. 110 ss. Per la possibile incidenza delle azioni arbitrarie e della correlativa estensione del contenuto dell'adempimento processualmente valutabile nel corso del giudizio sulla progressiva emersione - nella riflessione dei giuristi - di una tendenza al riconoscimento della valenza assolutoria della restituzione successiva alla contestazione della lite si vedano anche, *infra*, le osservazioni di cui ai §§ 3-4. In quella sede si affronterà inoltre il problema della progressiva estensione di siffatta possibilità restitutoria, sulla scorta della tesi più flessibile ed infine predominante della scuola sabiniana, anche ai giudizi di stretto diritto.

da qualsiasi lesione fino a quel momento subita nel corso del processo, anche qualora quest'ultima non risultasse contemplata - fin dal principio - nell'oggetto della lite⁹². Una simile ampiezza dei possibili contenuti della facoltà restitutoria riconosciuta al convenuto (e così del potere del giudice di determinarne in concreto l'efficacia assolutoria ai fini della sentenza) appare del resto ampiamente coerente con lo stesso significato del verbo *restituere* come impiegato dalle fonti in relazione al processo, il quale sembra appunto riferirsi - più che all'attuazione specifica della prestazione *in ipsam rem* come azionata nel giudizio - a una più ampia e variegata pluralità di condotte poste in essere dal *vocatus* nell'esecuzione di quest'ultima, confermando indirettamente come alla apparente semplicità e immediatezza del termine impiegato nella formula e nello *iussum* del giudice corrisponda in effetti - a seconda dei casi - una notevole varietà di possibili adempimenti. Tra i molteplici testi che potrebbero astrattamente richiamarsi a sostegno di questa tesi⁹³, si considerino ad esempio - e senza pretesa di completezza - le seguenti testimonianze ricavabili dal Digesto:

D. 22.1.38.4 (Paul. 6 *ad Plaut.*)

[...] *Nam praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset: quod non est iniquum (nam et verbum "restituas", quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem), ut fructus quoque restituantur.*

D. 43.8.2.43 (Ulp. 68 *ad Ed.*)

"Restituas" inquit. Restituere videtur, qui in pristinum statum reducit: quod fit, sive quis tollit id quod factum est vel reponat quod sublatum est. Et interdum suo sumptu: nam si ipse, quo qui interdixit, fecerit, vel iussu eius alius, aut ratum habitum sit quod fecit, ipse suis sumptibus debet restituere: si vero nihil horum intervenit, sed habet factum, tunc dicemus patientiam solam eum praestare debere.

⁹² In questo senso si veda ad es. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 445: "Il *iussum de restituendo* comprendeva, oltre alla cosa, la c.d. *causa rei*: l'attore non doveva subire un decremento patrimoniale per non aver ottenuto l'immediata restituzione al momento della *litis contestatio*. Il possessore doveva restituire i frutti naturali percepiti dopo tale momento [...] ed era in più responsabile per quelli che avrebbe potuto percepire usando la diligenza del buon padre di famiglia". Analogamente M. KASER, *Quanti ea res est*, cit., p. 11 ss., secondo il quale nei giudizi in esame il giudice non avrebbe pertanto valutato "die *res* für sich allein, sondern die *restitutio rei*", intesa appunto come l'effettivo complesso di prestazioni perseguite dall'attore con l'instaurazione della lite.

⁹³ Per una più ampia rassegna delle molteplici situazioni in cui il termine compare con specifico riferimento all'esecuzione in natura nei giudizi arbitrari può rinviarsi a E. LEVY, *Zur Lehre*, cit, p. 30 nt. 3

D. 50.16.35 (Paul. 17 *ad Ed.*)

"Restituere" autem is intellegitur, qui simul et causam actori reddit, quam is habiturus esset, si statim iudicii accepti tempore res ei reddita fuisset, id est et usucapionis causam et fructuum.

D. 50.16.75 (Paul. 50 *ad Ed.*)

"Restituere" is videtur, qui id restituit, quod habiturus esset actor, si controversia ei facta non esset.

Ciò che emerge da tali passi in merito al contenuto della *restitutio* processuale effettuata nel giudizio, è evidentemente l'immagine di un'attività tanto generica ed indeterminata sotto il profilo strutturale quanto specifica e precisamente orientata per quanto attiene agli scopi dalla stessa perseguiti: se da un lato il *restituere* può assumere nel processo significati differenti (...*plenat habet significationem*), in quanto strettamente dipendente dalla natura dell'adempimento di volta in volta richiesto (sia esso diretto ad un *tollere id quod factum* ovvero a un *reponaere quod sublatum*)⁹⁴, sul piano funzionale lo stesso *restituere* manifesta infatti una evidente ed incontestabile uniformità programmatica, essendo apertamente concepito - a prescindere dalla mutevolezza dei suoi contenuti - alla stregua di un'attività specificamente rivolta (come si è già anticipato) ad assicurare all'attore l'esatta ed integrale soddisfazione dell'interesse azionato all'interno del processo, ossia a ripristinare - in forma compiuta per quanto tardiva - la situazione originaria e antecedente al giudizio nonostan-

⁹⁴ Sulla varietà dei contenuti della restituzione processuale, e sulla conseguente inesistenza di una nozione unitaria di «*restituere*» applicabile indifferentemente alla prestazione del convenuto nei giudizi arbitrari, si veda in particolare M. KASER, *Restituere al Prozessgegenstand*, cit., p. 191 ss., il quale evidenzia - tra l'altro - come la notevole flessibilità del concetto in esame sia innanzitutto il frutto della sua elaborazione nell'attività dei giuristi e del fatto che esso non sia quindi stato interpretato come una nozione sistematica ma piuttosto alla stregua di un *topos* fluidamente adattabile alle diverse situazioni: "Wohl aber zeigt sich, daß die Römer den *restituere*-Begriff nicht immer und nicht bis zu seinen letzten Folgerungen angewandt haben [...] Das erkläre ich mir heute daraus, daß die Römer das *restituere* nicht als einen Systembegriff gehandhabt haben, sondern als einen bloßen «Topos», also als einen Fundort, aus dem sich Argumente für die Problemlösungen ableiten lassen". Altrettanto coerenti le conclusioni di M. MARRONE, *Sulla cd. pronuntiatio*, cit., p. 737, secondo il quale il significato ampio della nozione di *restitutio* sarebbe stato oggetto di *interpretatio* da parte dei giuristi, "con la conseguenza che era considerato aver restituito non tanto il convenuto che avesse compiuto la pura e semplice restituzione della *res* quanto il convenuto che avesse messo l'attore, rispetto alla *res*, nelle stesse condizioni in cui sarebbe stato se la stessa gli fosse stata restituita già al tempo della *litis contestatio*".

te le implicazioni negative nel frattempo determinatesi per effetto di quest'ultimo⁹⁵. Ancorché spontaneamente realizzata nel corso del giudizio, pertanto, la restituzione in natura effettuata dal convenuto sulla base dell'invito rivoltagli dal giudice avrebbe potuto liberarlo dalla responsabilità nei suoi confronti accertata all'interno del processo soltanto laddove fosse apparsa in effetti - oltre che conforme agli specifici contenuti dell'invito medesimo - obiettivamente soddisfattiva dell'interesse dell'avversario complessivamente determinatosi all'esito del giudizio, la cui completa attuazione su iniziativa del *vocatus* si traduceva in tal modo nel presupposto imprescindibile perché questi potesse in concreto avvalersi degli effetti assolutori della clausola arbitraria. Non soltanto, dunque, la prestazione restitutoria richiesta al convenuto in questa fase del processo avrebbe potuto assumere - a seconda delle concrete circostanze del giudizio pendente - contenuti differenti e almeno in parte più estesi rispetto a quelli costituenti l'oggetto della pretesa inizialmente azionata, ma avrebbe anche richiesto una valutazione specifica dell'effettiva adeguatezza di quegli stessi contenuti a realizzare un obiettivo ripristino della situazione patrimoniale antecedente al processo, rispetto alla quale la funzione esercitata dal giudice sulla scorta dell'arbitrio attribuitogli dalla formula, pur non assumendo la portata generale ed omnicomprensiva caratteristica del *iudicium* nelle azioni di buona fede⁹⁶, avrebbe potuto tradursi in una valutazione complessiva del comportamento tenuto nel corso del giudizio dal convenuto intimato.

⁹⁵ In senso analogo, E. LEVY, *Zur Lehre der sog. actiones arbitrarie*, cit., p. 31 ss., il quale osserva in aggiunta come il significato del termine *restituere* così ricavabile dalle fonti del Digesto non rappresenti a ben vedere un'alterazione o uno sconvolgimento del significato dello stesso secondo la lingua comune, posto che anche in quest'ambito esso avrebbe non di rado indicato non una generica restituzione di una cosa determinata (espressa piuttosto con il verbo *dare*), quanto piuttosto il ripristino della condizione della stessa in un suo stato precedente (per cui l'autore istituisce in tal senso un singolare parallelismo con la contrapposizione, nel tedesco moderno, tra i verbi *geben* ed *herausgeben*). Sul significato tecnico del verbo *restituere* e del suo impiego nelle fonti epiclassiche v. anche S. VIARO, *Note sullo iussum de restituendo nelle azioni arbitrarie*, cit., p. 76 e nt. 24. La medesima autrice (*ibidem*, p. 150 ss.) contesta tuttavia il tentativo del Levy di ricavare da siffatta ampiezza del potere valutativo del giudice nelle formule arbitrarie la conclusione per cui queste ultime sarebbero state caratterizzate, nella fase *apud iudicem*, da discrezionalità di merito del tutto analoga a quella caratteristica dei giudizi di buona fede. Per un'efficace critica alla tesi in tal senso sostenuta dal Levy nell'ottica di una parziale corrispondenza tra i poteri del giudice nelle azioni *ex fide bona* e nei giudizi di stretto diritto ma muniti di clausola arbitraria può rinviarsi anche a L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit., pp. 20 ss. ed a S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, Palermo, 1915, p. 392, nt. 1.

⁹⁶ È del resto evidente che la discrezionalità esercitata dal giudice nella valutazione del corretto adempimento dello *iussum* restitutorio, per quanto ampia ed organica potesse risultare nel caso di specie, era comunque delimitata nei suoi contenuti dalla necessità di verificare - in modo esclusivo - la sufficienza e l'adeguatezza dell'eventuale *restitutio* effettuata dal convenuto, laddove nei giudizi delle azioni di buona fede essa poteva liberamente estendersi, per la stessa natura della pretesa azionata, anche alla considerazione di prestazioni ulteriori e non direttamente riconducibili alla restituzione in natura. Nel senso della non perfetta sovrapponibilità tra i contenuti dell'arbitrio del giudice negli omo-

2.4. Le conseguenze processuali della mancata reintegrazione

Nei precedenti paragrafi, si è evidenziato più volte come l'inserimento nella formula del meccanismo condizionale della clausola arbitraria e il conseguente potere del giudice privato di invitare il convenuto alla reintegrazione in natura si risolvano per quest'ultimo nella possibilità di evitare l'applicazione nei suoi confronti della condanna in denaro soddisfacendo direttamente la pretesa dell'avversario a giudizio già pendente; ciò che lo avrebbe collocato - nella fase *apud iudicem* - dinanzi alla scelta fra due condotte alternative e tra di loro contrapposte: accettare spontaneamente l'invito del giudice, dando compiuta attuazione all'interesse dell'attore (e ottenendo in tal modo l'assoluzione nel giudizio), ovvero rifiutare l'esecuzione spontanea dello *iussum restituendi* e assoggettarsi piuttosto alla *condemnatio* in denaro (unica conseguenza tecnicamente possibile una volta accertata la sua soccombenza). Si è altresì precisato che la condotta restitutoria in questo senso autorizzata durante il corso del processo non costituiva per il *vocatus* l'oggetto di un'obbligazione specifica e immediatamente coercibile per intervento del giudice, quanto piuttosto - e proprio in ragione della suddetta alternativa con la condanna pecuniaria - un semplice onere imposto allo stesso al fine di godere dell'effetto liberatorio dell'esecuzione *in ipsam rem*, ben potendo il convenuto che non intendesse avvalersi della relativa facoltà scegliere piuttosto di accettare la condanna; rinunciando sì all'evidente beneficio della liberazione *in extremis* dalla responsabilità già accertata nel corso della lite, ma conseguendo quello - talora decisamente più ambito - del possibile acquisto della cosa controversa per effetto del pagamento alla parte vittoriosa della *litis contestatio*⁹⁷. Quanto finora osservato in merito al carattere facoltativo dell'adempimento in natura e all'impossibilità di realizzarlo in forma coattiva all'interno del processo non significa tuttavia che la scelta del convenuto di procedere in tal senso anziché assoggettar-

nimi giudizi e quello caratteristico delle azioni di buona fede può rinviarsi tra l'altro - oltre che ai contributi degli autori più recenti richiamati in precedenza - alle considerazioni critiche di M. MARRONE, s.v. "Rivendicazione (dir. romano)", cit., nt. 132 e ID., *Exceptio doli generalis e diritti reali*, in L. Garofalo (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 2006, p. 245 ss., laddove si osserva in modo particolare come nei giudizi con clausola arbitraria la valutazione di tali profili ulteriori rispetto alla *restitutio* effettuata nel giudizio avrebbe pertanto richiesto (al pari che nei giudizi di stretto diritto) l'introduzione nella formula di un'apposita eccezione di dolo.

⁹⁷ Per le relative osservazioni si veda nuovamente quanto osservato *supra* al § 2 del presente capitolo.

si alla condanna in denaro possa per ciò stesso considerarsi completamente libera e priva di conseguenze a carico dello stesso. Se così dovesse essere, del resto, l'intero meccanismo restitutorio a cui risultano strumentali le formule arbitrarie, diretto come si è visto a favorire la reintegrazione in natura dell'attore vittorioso in parziale deroga al generale principio di pecuniarietà della condanna, sarebbe risultato nella sostanza sprovvisto di qualsivoglia efficacia, rimanendo affidata la stessa iniziativa di procedere in tal senso unicamente al convenuto giudicato responsabile, il quale avrebbe agevolmente potuto decidere - a propria discrezione e fino all'esito del giudizio - se accettare bonariamente la proposta del giudice ovvero assoggettarsi alla condanna in denaro con l'obiettivo specifico di trattenere la cosa⁹⁸. Né sarebbe stato sufficiente ad evitare o prevenire simili dilazioni e strumentalizzazioni opportunistiche del meccanismo arbitrario l'incentivo indiretto rappresentato nel processo dalla stessa possibilità di un'assoluzione liberatoria in caso di *restitutio* correttamente effettuata, la quale, pur rappresentando un evidente stimolo nel senso di adempiere in maniera spontanea all'invito del giudice, in nessun caso avrebbe potuto impedire al convenuto ostinato (e munito di mezzi economicamente sufficienti a sostenere la condanna) di ignorare del tutto la *pronuntiatio* interinale ed acquistare nel processo la proprietà della cosa.

Non deve pertanto stupire che - a fronte della situazione in tal modo rappresentata e dei possibili inconvenienti dalla stessa derivanti in termini di efficacia della coazione indiretta alla reintegrazione in natura - il meccanismo formulare delle azioni arbitrarie risulti completato - nella fase *apud iudicem* - da un ulteriore strumento di garanzia ed incentivo degli stessi risultati, il quale si affianca in tal senso all'operatività del primo all'interno del processo con l'intento specifico di assicurarne l'efficacia anche laddove le circostanze del caso gl'impedissero in concreto di raggiungere i suoi scopi. Posto che l'espedito processuale dell'arbitrato restitutorio ed il connesso invito alla reintegrazione *in ipsam rem* potevano nella prassi risultare insufficienti (per lo meno a fronte di un atteggiamento doloso e non cooperativo da parte del *vocatus*) ad

⁹⁸ La problematica è efficacemente inquadrata da S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, op.cit., p. 158 e nt. 147, la quale, dopo aver precisato che "così congegnata, la *formula* munita di clausola restitutoria avrebbe fatto la fortuna di qualunque convenuto, rivelandosi un'arma spuntata nelle mani dell'attore", conclude nel senso che - in assenza di adeguati accorgimenti correttivi del relativo meccanismo - "...il vero arbitro dell'intera situazione sarebbe stato il convenuto, in grado di elaborare la propria strategia processuale, avvalendosi della previsione [...] *Neque ea res A^o A^o restituetur* [...]"

assicurare effettivamente un risultato soddisfattivo della vicenda giudiziale, in altri termini, dev'essere apparsa necessaria l'introduzione nel processo - accanto alla spinta «volontaria» dell'*absolutio* connessa alla facoltà restitutoria - di una forma aggiuntiva di coazione processuale nei confronti del *vocatus* nel senso di aderire in maniera spontanea all'invito del giudice ad adempiere in natura, vale a dire un meccanismo complementare della struttura incentivante della formula arbitraria idoneo - da un lato - a coartare più efficacemente la volontà del convenuto verso l'attuazione specifica dello *iussum restituendi* e - dall'altro - a colpire per converso l'eventuale decisione contraria da quest'ultimo intrapresa di assoggettarsi piuttosto alla *condemnatio* pecuniaria. A tale risultato, tuttavia, non poteva che pervenirsi - ancora una volta - nelle forme surrogatorie di una coazione processuale puramente indiretta, considerato che la struttura generale della procedura *per formulas* e la sua strumentalità necessaria alla condanna in denaro, se per un verso impedivano di imporre direttamente l'esecuzione in natura quale esito del giudizio, precludevano del pari la possibilità di introdurre una sanzione immediata a fronte del rifiuto opposto dal *vocatus* di attuare volontariamente il medesimo risultato. L'esigenza di «sanzionare» il convenuto recalcitrante per la mancata soddisfazione della pretesa azionata nell'interesse dell'avversario doveva quindi necessariamente ottemperarsi in una forma differente, che consentisse al tempo stesso di esercitare sul *vocatus* una pressione indiretta a procedere in tal senso (diversa ed ulteriore rispetto al generico incentivo dell'effetto assolutorio della clausola arbitraria), senza tuttavia sacrificare per questo la generale applicabilità nei confronti dello stesso del principio formulare di pecuniarietà della condanna, ossia consentendogli in ogni caso di ottenere, ove intendesse rifiutare, l'applicazione alternativa della sanzione in denaro come a suo tempo determinata all'interno della formula. Si spiega in questi termini - in chiave storica e funzionale - l'introduzione nella procedura *apud iudicem* dei giudizi arbitrari del peculiare istituto che le fonti relative al procedimento *per formulas* qualificano genericamente come «*iusiurandum in litem*», consistente in sostanza (come suggerito dall'icastica locuzione con cui viene identificato⁹⁹) in una valutazione giurata effettuata dall'attore nel

⁹⁹ Sulle implicazioni ricavabili dalla denominazione in esame quanto alla connessione dell'istituto con lo svolgimento del processo nella fase *apud iudicem* e - quanto meno nei giudizi reali - con la determinazione del valore della cosa che forma oggetto della lite si veda ad es. G. PROVERA, *Contributi allo studio del iusiurandum in litem*, Torino, 1953, p. 78 e nt. 18, il quale rimanda sul punto anche a E. BETTI, *L'antitesi di judicare e damnare*, cit., p. 27 ss. La locuzione in oggetto compare in questi ter-

corso del giudizio (vale a dire - appunto - *in litem*) allo scopo di determinare nel caso concreto il valore della pretesa fatta valere nel giudizio e il conseguente ammontare della condanna in denaro comminabile all'avversario. Per il tramite di siffatto giuramento effettuato *apud iudicem*, il compito di commisurare la concreta entità della somma di denaro dovuta nel giudizio a titolo di equivalente per la mancata soddisfazione della pretesa in natura viene quindi affidato (nei modi e nelle forme che si diranno nel seguito) direttamente alla parte rimasta insoddisfatta dal mancato adempimento, con l'ovvio risultato che il convenuto soccombente (dimostratosi indifferente all'invito del giudice di restituire in natura) avrebbe potuto subire nel caso di specie una condanna almeno in parte più severa rispetto a quella normalmente collegata ad un'*aestimatio* giudiziale, posto che l'attore insoddisfatto, e direttamente danneggiato dalla mancata restituzione, avrebbe verosimilmente provveduto ad una stima più elevata rispetto a quella effettuabile, nelle stesse circostanze, da un soggetto imparziale. Il che, oltre a rappresentare per il *vocatus* riluttante un incentivo assai più efficace nel senso di avvalersi in concreto della facoltà restitutoria, avrebbe potuto evidentemente tradursi in un'altrettanto efficace misura sanzionatoria a carico dello stesso (sotto forma di una maggiorazione della condanna in denaro) laddove egli avesse invece preferito rimanere inadempiente, lasciando in questo senso intendere come il meccanismo processuale del *iusiurandum in litem* - così combinato con la struttura caratteristica dei giudizi arbitrari - possa intendersi alla stregua di uno specifico ed efficace strumento di repressione degli impieghi strumentali della *condemnatio* pecuniaria da cui si sono prese originariamente le mosse in apertura del presente capitolo.

All'istituto del giuramento di stima e alle sue relazioni con la struttura caratteristica delle formule arbitrarie la letteratura romanistica (anche più recente) ha tradizionalmente dedicato un'attenzione frammentaria e per lo più marginale¹⁰⁰. Al di là degli isolati tentativi - oramai risalenti - di ricostruirne compiutamente le origini storiche

mini anche nel titolo 12.3 del Digesto di Giustiniano (*De in litem iurando*). Nella trattazione successiva, onde riferirsi all'istituto in esame, si impiegheranno indifferentemente, oltre alla richiamata locuzione utilizzata dalle fonti, anche le espressioni - italianizzate ma sostanzialmente equivalenti - «giuramento di stima» o «giuramento estimatorio» (del resto ampiamente diffuse nella letteratura sul punto), le quali si riferiscono in modo particolare alla circostanza, già evidenziata, che l'oggetto specifico del giuramento in parola fosse la stima ad opera dell'attore del valore della lite devoluta nel giudizio.

¹⁰⁰ Sullo stato della letteratura in materia e la tendenziale incompiutezza dei risultati raggiunti si confronti, da ultimo, G. PROVERA, *Contributi allo studio del iusiurandum in litem*, cit., pp. 1-4.

ed il concreto funzionamento nella procedura *per formulas*¹⁰¹, infatti, gli autori che si sono occupati esplicitamente del tema e dei suoi possibili risvolti all'interno del giudizio lo hanno fatto quasi sempre in prospettiva indiretta ed in maniera incidentale rispetto ad altri istituti (tra cui, *in primis*, la generale problematica della condanna pecuniaria o la questione dell'ampiezza dei poteri del giudice nella fase decisoria¹⁰²); senza quindi preoccuparsi di approfondire le specificità della figura nella sua autonomia o di fornire dei chiarimenti definitivi in ordine al suo ruolo nella dinamica del giudizio). Largamente inesplorate - e almeno in parte controverse - rimangono in particolare tanto la questione delle matrici storiche che hanno condotto in origine all'introduzione dell'istituto nella procedura *per formulas*¹⁰³, quanto quella (per certi versi collegata) dei presupposti concreti della sua applicazione all'interno del giudizio, la cui esatta ricostruzione è resa peraltro particolarmente difficoltosa dalle profonde trasformazioni obiettivamente subite dal meccanismo processuale del giuramento estimatorio nel passaggio dalla struttura caratteristica delle formule arbitrarie nel proces-

¹⁰¹ Tra gli studiosi che hanno affrontato la tematica con maggiore approfondimento e consapevolezza dogmatica possono qui richiamarsi, in modo particolare, S. SOLAZZI, *Del "iusiurandum in litem": note esegetiche*, Modena, 1900; A. MARCHI, *Il giuramento in lite e la stima della cosa perita nei giudizi di stretto diritto*, in Studi Scialoja, I, Milano, 1905, pp. 165 ss.; E. BETTI, *Studi sulla litis aestimatio nel processo civile romano*, I: *Il litis aestimatio sufferre e il iusiurandum in litem*, cit., p. 54 ss.; B. BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrariae e sull'arbitrium iudicis*, cit., *passim*; G. PROVERA, *Contributi allo studio del iusiurandum in litem*, cit., *passim*; G. BROGGINI, *Sulle origini del iusiurandum in litem*, Milano, 1960; L. AMIRANTE, *Dubbi e riflessioni in tema di iusiurandum in iudicio*, in Studi Betti, III, Milano, 1962; S. SCHIPANI, *Zum "iusiurandum in litem" bei den dinglichen Klagen*, in *Studien Kaser*, Berlin, 1973, p. 169 ss., oltre ovviamente all'ambiziosa ma incompleta monografia di L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, Milano, 1958 (pubblicata a cura dell'allievo B. Albanese).

¹⁰² Nella prima prospettiva, dell'istituto in oggetto si occupa ad esempio, per dimostrarne la funzione strumentale ad un più ampio superamento del principio della *condemnatio* pecuniaria nei giudizi di buona fede, A. WATSON, *Iusiurandum in litem in the bonae fidei iudicia*, in *Tijdschrift voor Rechtsge-schiedenis*, 34, II (1966), pp. 175-193; Per un'indagine del ruolo del giuramento di stima nell'ottica più generale di una ricostruzione dei poteri dell'organo giudicante nella fase *apud iudicem* si veda invece - tra gli altri - A. HERDLITZKA, *Zur Lehre von Zwischenurteil*, cit., *passim*.

¹⁰³ Sul punto, può rinviarsi in particolare alla ricostruzione di G. PROVERA, *Contributi*, cit., pp. 74-75, specie nella parte in cui si ipotizza (pur con tutte le cautele del caso) che la peculiare funzione coercitiva di tale meccanismo nelle azioni reali possa essere ricondotta storicamente alla struttura stessa dell'*agere in rem* nelle *legis actiones*, laddove il problema fondamentale all'esito del giudizio era quello di coartare la restituzione di fronte al possesso interinale eventualmente assegnato a una parte diversa da quella vittoriosa, ciò che (dopo una fase più antica di probabile ricorso all'autotutela privata) veniva assicurato mediante la prestazione di idonei garanti (i cd. *praedes litis et vindiciarum*) che potevano liberarsi mediante il pagamento di una somma di denaro commisurata al valore della cosa. In una prospettiva per certi versi analoga, taluni hanno inoltre ritenuto di poter ricondurre la matrice dell'istituto anche all'oscuro procedimento estimatorio del cd. *arbitrium litis aestimandae*, a cui si sarebbe ricorso - nelle forme della *l.a. per iudicis arbitriae postulationem* - laddove si ponesse la necessità di determinare l'ammontare della condanna in denaro prima dell'esercizio dell'azione esecutiva: così E. BETTI, *Studi sulla litis aestimatio*, cit., p. 64 ss. Riferimenti alla letteratura sul punto in M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 135, nt. 28, e più di recente in G. GULINA, *Contributo allo studio della satisfactio pro praede litis et vindiciarum*, in AUPA, 56 (2013), p. 67 ss.

so dei classici all'impianto pubblicistico e prettamente autoritativo degli schemi processuali dell'epoca postclassica e della più recente procedura giustiniana¹⁰⁴.

Al di là delle accennate incertezze, taluni profili della struttura dell'istituto e del suo concreto funzionamento nella dinamica del giudizio possono tuttavia ritenersi obiettivamente accertati con sufficiente sicurezza e attendibilità storiografica. Tra questi ultimi rientra in primo luogo, come si è avuto modo di anticipare in apertura del paragrafo, la circostanza formale che la stima processuale del valore lite in funzione della condanna avvenga in questi casi - dal punto di vista tecnico e materiale - nelle forme di una dichiarazione giurata effettuata dall'attore durante la fase *apud iudicem* della vicenda processuale da lui stesso instaurata: mentre di regola la conversione in denaro dell'interesse sostanziale fatto valere nel giudizio (e la conseguente determinazione dell'ammontare della condanna) rientrano senz'altro nella competenza specifica dell'organo giudicante e costituiscono il risultato della valutazione giuridica da quest'ultimo compiuta in ordine alla consistenza della pretesa azionata¹⁰⁵, in altri termini, nel caso dei giudizi muniti di formula arbitraria il medesimo compito spetta piuttosto (o può essere affidato) alla stessa parte direttamente interessata alla reinte-

¹⁰⁴ È infatti evidente che, con la progressiva espansione dei poteri del giudice nella definizione degli esiti della lite e (soprattutto) con la consequenziale affermazione della condanna *in ipsam rem* quale sbocco naturale di qualsiasi giudizio, la funzione originaria del giuramento di stima come meccanismo di garanzia della restituzione in natura era destinata a veder decrescere ampiamente la propria ragion d'essere all'interno del processo, evolvendosi piuttosto nel senso di un generalizzato strumento probatorio a disposizione del giudice per le situazioni in cui il valore della lite non risultava altrimenti determinabile sulla base dei suoi poteri istruttori (e mantenendo per converso la propria iniziale struttura soltanto in un numero circoscritto di situazioni processuali); Il che spiega tra l'altro la distinzione, tramandata dalla Glossa, tra un *iusiurandum in litem affectionis* (diretto cioè a determinare il valore della lite tenendo conto, oltre che dell'interesse azionato, dell'apprezzamento dell'attore) ed un *iusiurandum in litem veritatis* (volto invece per l'appunto a sostituire una restituzione in natura non altrimenti possibile). Per tale evoluzione nella natura e nella funzione dell'istituto v. M. KINDLER, *Affectionis aestimatio: Vom Ursprung des Affektionsinteresses im römischen Recht und seiner Rezeption*, Berlin, 2012, pp. 179 ss., nonché G. PROVERA, *Contributi*, cit., p. 115 ss. Sulla problematica dei presupposti di applicazione del giuramento di stima nella fase *apud iudicem* e sulla conseguente ricostruzione della sua sfera applicativa nel processo epiclassico si tornerà più ampiamente *infra* nel § 4.

¹⁰⁵ Sull'ordinaria competenza del giudice privato ad effettuare la *litis aestimatio* in vista della condanna (locuzione con cui si indicano, indifferentemente, tanto la procedura di stima di per sé considerata quanto la somma di denaro dalla stessa risultante) può rinviarsi - per tutti - a E. BETTI, *Studi sulla litis aestimatio nel processo civile romano*, cit. ed a A. EHRHARDT, *Litis aestimatio im römischen Formularprozess*, München, 1934; nonché - più di recente - a M. DE SIMONE, *Litis aestimatio e actio pignoratitia in rem. A proposito di D. 20.1.21.3*, Torino, 2006. Per le fonti si considerino ad esempio D. 12.3.5.3 (*hoc enim iudex aestimat*) e D. 43.1.5 (*in tantum condemnet, in quantum iudex aestimaverit*), da cui emerge con notevole chiarezza come il compito di determinare l'ammontare della condanna per mezzo di una stima del valore della lite costituisca di regola parte integrante dell'*officium* del giudice. Nei medesimi termini può rinviarsi - più in generale - anche a Gai. 4.51: [...] *iudex, si condemnet, certam pecuniam cpndemnare debet, etsi certa pecunia in condemnatione posita non sit*.

grazione in natura, la quale vi avrebbe provveduto - nel corso del giudizio - mediante la prestazione di un giuramento processuale a questo scopo appositamente congegnato (noto appunto come giuramento di stima o *iusiurandum in litem*); ad indicare evidentemente come lo scopo perseguito con la sua esecuzione nel contesto del giudizio fosse quello di consentire al giurante (ovverosia, per quanto si è detto, all'attore) di determinare in una forma «sacramentale» il valore economico della propria pretesa. Quello in tal modo affidato a chi agisce nel giudizio è inoltre un giuramento che si caratterizza almeno in parte per dei contenuti peculiari ed una struttura *sui generis*, posto che - a differenza delle altre tipologie di giuramento comunemente ammesse nella procedura *per formulas*¹⁰⁶ (deferite in ogni caso da una delle parti nei confronti dell'altra) - esso risulta sempre effettuato su decisione del giudice e si dirige unicamente a vantaggio dell'attore legittimato a prestarlo¹⁰⁷, oltre ad essere deferito - anziché con l'intento decisorio di concludere il giudizio in favore di chi giura - con il solo scopo (eminentemente processuale) di determinare per suo tramite il valore della pretesa che forma oggetto della lite e quindi l'ammontare della condanna in denaro; al che deve aggiungersi, come già ricavabile dalle pagine precedenti, che il *iusiurandum in litem* - diversamente dalle richiamate tipologie del giuramento decisorio - non può liberamente deferirsi al contendente interessato, ma è in ogni caso subordinato alla preventiva verifica - da parte del giudice - della mancata restituzione effettuata

¹⁰⁶ Ci si riferisce ovviamente, in modo particolare, alle ipotesi di prestazione di un giuramento processuale con efficacia decisoria al cospetto del magistrato (*iusiurandum in iure*), nella duplice forma di giuramento volontariamente deferito da una parte nei confronti dell'altra e da questa eventualmente riferibile alla prima (*iusiurandum voluntarium*) e del giuramento deferibile dall'attore in determinati giudizi tassativamente individuati (e in special modo nell'*actio certae creditae pecuniae*) con riguardo all'esistenza del credito azionato (*iusiurandum necessarium*). In entrambi i casi, l'effetto della prestazione del giuramento nei confronti dell'avversario era la conclusione immediata del giudizio pendente in favore della parte disponibile a giurare (il cui spergiuo rimaneva tuttavia sanzionabile sul piano religioso), con la differenza che nel caso del giuramento cd. «necessario» un effetto decisorio si ricollegava anche all'eventuale rifiuto di accettare il deferimento. In generale sul giuramento decisorio nel processo romano C. BERTOLINI, *Il giuramento nel processo privato romano*, Roma, 1886; G. DEMELIUS, *Schiedseid und Beweiseid im römischen Zivilprozess*, Leipzig, 1887; B. BIONDI, *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, Palermo, 1913. Sul giuramento cd. «necessario», si vedano in particolare M. ANDREEV, *Le serment necessaire dans le droit romain classique*, in Ann. Univ. Sofia, 1945-46, pp. 1-76 e P. CALAMANDREI, *Sul cd. giuramento necessario*, Padova, 1940.

¹⁰⁷ In tal senso si considerino ad es. D. 12.3.4.1: "*Deferre autem iusiurandum iudicem oportet: ceterum si alius detulerit iusiurandum vel non delato iuratum sit, nulla erit religio nec ullum iusiurandum: et ita constitutionibus expressum est imperatoris nostri et divi patris eius*" e D. 12.3.7: "*Vulgo praesumitur alium in litem non debere iurare quam dominum litis.*". Sul punto v. anche G. PROVERA, *Contributi allo studio del iusiurandum*, cit., p. 97, il quale individua nella circostanza appena segnalata che il giuramento di stima venisse deferito unilateralmente dal giudice anziché da una delle parti "un punto fermo della dottrina dell'istituto". Analogamente C. BERTOLINI, *Il giuramento*, cit., p. 227 s.

dal *vocatus* sulla base del suo invito, la quale costituisce in tal senso una condizione imprescindibile per la sua concreta applicazione nel corso del giudizio¹⁰⁸.

Sotto il profilo tecnico-processuale dell'andamento del giudizio, il giuramento estimatorio delle azioni arbitrarie si sostanzia pertanto nell'attribuzione all'attore (a determinate condizioni) dello specifico compito, normalmente affidato all'organo giudicante, di stabilire le conseguenze derivanti dal processo a carico della parte risultata soccombente, consentendo all'attore medesimo di valutare autonomamente l'ammontare della condanna e dando luogo di conseguenza ad un «trasferimento» a suo favore del potere unilaterale di fissare giudizialmente l'equivalente in denaro della prestazione azionata. In questo senso, il deferimento del *iusiurandum in litem* ad opera del giudice investito dalle parti della decisione di merito sulla fondatezza della pretesa equivale ad una manifesta rinuncia, da parte dello stesso, al compito di procedere - prima della sentenza - alla determinazione della *litis aestimatio* nel giudizio pendente, la quale risulta per converso rimessa - in conseguenza del giuramento - esclusivamente alla parte a cui quest'ultimo è deferito. Ciò che si sarebbe concretamente tradotto - al momento della condanna - nella formale subordinazione dell'ammontare di quest'ultima alla misura specifica del *quantum in litem ab actore iuratum fuerit*, in luogo del generico *quantum ea res est, erat o fuit* che ne costituiva normalmente il parametro oggettivo sulla base delle indicazioni contenute nella formula¹⁰⁹. Fondamento e giustificazione della rinuncia giudiziale alla determinazione decisoria dell'ammontare della condanna (e dunque discrimine tra l'ordinario affidamento della stima della lite in capo all'organo giudicante e la sua determinazione giurata su iniziativa dell'attore) sono poi rappresentati, come si è già evidenziato e come ampiamente dimostrato - in modo particolare - dagli studi del Chiazzese¹¹⁰, dalla previa

¹⁰⁸ Sul punto C. BERTOLINI, *op. ult. cit.*, p. 211 ss. e l'ulteriore letteratura dallo stesso richiamata.

¹⁰⁹ Per tale terminologia si veda ad es. D. 12.3.8 (Marc. 8 ad Ed.): "*Tutor rem adulti, quam possidet, restituere ei non vult: quaero, utrum quanti res est an quanti in litem iuratum fuerit condemnari debet respondere: non est aequum pretio, id est quanti res est, litem aestimari, cum et contumacia puniendi sit et arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit potestate petitori in litem iurandi concessa*".

¹¹⁰ A tale autore deve infatti riconoscersi, pur nell'accennata incompiutezza delle sue indagini sul punto, il merito di aver posto apertamente in luce l'intima correlazione tra la prestazione processuale del giuramento estimatorio e l'accertamento giudiziale dell'avvenuta reintegrazione dell'oggetto della lite, evidenziando non solo il collegamento esistente tra l'istituto in esame e la natura *lato sensu* restitutoria della prestazione sostanziale devoluta nel giudizio, ma anche la più specifica subordinazione della stima giurata ai poteri esercitati dal giudice nel corso del processo in ordine alla correttezza della restituzione medesima, vale a dire allo stesso inserimento - all'interno della formula - dello schema verba-

verifica - ad opera del giudice - dell'avvenuta reintegrazione dell'interesse azionato da parte del convenuto nel corso del giudizio: ove tale reintegrazione possa intendersi correttamente effettuata secondo i criteri e i contenuti sostanziali sopra menzionati (e varabili caso per caso in base alla natura della pretesa), il giuramento di stima non potrà essere prestato ed il compito di determinare in concreto il valore della lite e l'ammontare della condanna rimarrà quindi affidato in maniera esclusiva alla valutazione del giudice; ove invece la reintegrazione in natura debba considerarsi - in base agli stessi criteri - mancante o incompleta, il giudice potrà deferire all'attore il giuramento di stima circa il valore della lite e l'ammontare della condanna da lui pronunciata nei confronti del *vocatus* dipenderà di conseguenza unicamente da quest'ultimo.

La valutazione giudiziale in ordine al deferimento o meno in favore di chi agisce del giuramento estimatorio del valore della lite appare quindi ricollegarsi - per lo meno indirettamente - alla medesima discrezionalità che si è vista caratterizzare l'*officium* del giudice per effetto dell'inserimento delle parole *arbitrio tuo* nella formula dei giudizi muniti di clausola arbitraria, costituendo a ben vedere l'ultimo più importante momento della sequenza infraprocedimentale che nei medesimi giudizi precedeva di regola la decisione di merito. Dopo aver accertato - con la *pronuntiatio* interinale - l'obiettivo meritevolezza della pretesa azionata ed invitato il convenuto ad adempiervi spontaneamente nelle forme da lui stesso arbitrariamente stabilite con lo *iussum restituendi*, infatti, mediante il deferimento del *iusiurandum in litem* all'attore insoddisfatto il giudice riconosceva formalmente - in funzione della successiva sentenza - il risultato negativo dell'arbitrato restitutorio in questo modo esercitato, prendendo atto del mancato adempimento dell'invito a restituere da parte del *vocatus* e ricollegandovi la conseguenza (per questi negativa) dell'affidamento dell'*aestimatio* al suo avversario nel processo¹¹¹. Non soltanto, quindi, il deferimento del giuramento esti-

le della clausola restitutoria. In proposito si veda in particolare L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit., pp. 11 ss.; nonché G. PROVERA, *Rec. a L. Chiazzese, op.ult.cit.*, p. 310 ss. Sul problema dei rapporti tra giuramento di stima e clausola arbitraria e la connessa questione dell'ambito di applicazione di tale istituto nel processo *per formulas* si tornerà in ogni caso *infra* nel § 3 di questo stesso capitolo.

¹¹¹ Per un parallelismo tra il menzionato riconoscimento all'attore del potere di determinare unilateralmente l'ammontare della condanna e l'attribuzione alla parte risultata vittoriosa della *summa sacramenti* versata dall'avversario nella più antica procedura decemvirale si veda L. WENGER, *Zu drei Fragen aus dem römischen Zivilprozessrecht*, cit., p. 359 ss. Più in generale sulla possibilità di qualificare il deferimento del *iusiurandum in litem* come strumento che consente all'attore vittorioso di imporre una conseguenza negativa a carico del *vocatus* v. A. WATSON, *Jusiurandum in litem*, cit., p. 176.

matorio su iniziativa del giudice rappresenta lo sviluppo e il naturale completamento delle valutazioni in senso lato arbitrarie dallo stesso precedentemente effettuate nel corso del giudizio (sulla scorta dell'omonima clausola), ma costituisce a propria volta il risultato di una valutazione per certi aspetti discrezionale, ponendosi all'esito del concreto apprezzamento effettuato nel processo dal giudice medesimo in ordine alla reintegrazione eventualmente effettuata (o piuttosto trascurata) sulla base del suo invito dal convenuto interessato a liberarsi dalla condanna, la quale può effettivamente condurre all'affidamento all'avversario della stima della lite soltanto laddove essa risulti in concreto insufficiente - a giudizio del *iudex* - a soddisfare integralmente il titolare della pretesa (dovendosi altrimenti procedere all'assoluzione del convenuto)¹¹². Assai più dibattuta risulta invece la questione della libertà attribuita all'organo giudicante in caso di avvenuto accertamento della mancata o incompleta restituzione in natura, vale a dire se, una volta determinato nel giudizio che il *vocatus* non ha correttamente adempiuto all'invito restitutorio, il deferimento del *iusiurandum in litem* ad opera del giudice costituisca l'oggetto di un autentico dovere facente capo a quest'ultimo ovvero di una semplice facoltà riconosciuta al medesimo all'interno del giudizio senza tuttavia vincolarlo ad accettare il giuramento ove ne ricorrano i presupposti. Al riguardo, non sono mancate in dottrina autorevoli opinioni che hanno voluto difendere la verosimile fondatezza della prima ricostruzione, allegando a sostegno di siffatta conclusione la circostanza che alcune delle fonti della raccolta giustiniana ricomprese nel titolo *de in litem iurando* sembrano in effetti testimoniare come alla mancata attuazione dello *iussum restituendi* da parte del *vocatus* si ricollegasse - quale necessaria e imprescindibile conseguenza - l'autorizzazione del giudice all'attore insoddisfatto a stimare autonomamente l'ammontare della condanna. Ciò che equivale evidentemente a riconoscere come - di fronte al corrispondente rifiuto di reintegrare in natura la pretesa azionata - il giudice si sarebbe trovato, all'interno del processo, in una posizione predefinita e rigidamente vincolata, dovendo necessariamente pro-

¹¹² In questo senso, G. PROVERA, *Contributi allo studio del iusiurandum in litem*, cit., p. 98 ss., secondo il quale il giuramento estimatorio, pur essendo per molti aspetti vincolato alla circostanza obiettiva della mancata restituzione in natura, rappresentava "pur sempre un mezzo di stima della lite, sia pure con caratteristiche peculiari", rispetto al quale il giudice doveva pertanto disporre di una discrezionalità più o meno ampia che in alcuni casi poteva anche presupporre "un giudizio di opportunità". Sul collegamento tra la prestanzione *in iudicio* del giuramento estimatorio e gli specifici poteri riconosciuti al giudice nei giudizi con finalità restitutoria v. anche L. AMIRANTE, s.v. "giuramento", in *NNDI*, p. 942.

cedere - senza possibili alternative - a deferire all'attore il giuramento estimatorio¹¹³. Ad un'analisi più approfondita della testimonianza delle fonti, che prenda le mosse dal richiamato riconoscimento - in capo al giudicante nelle azioni arbitrarie - di una parziale discrezionalità collegata allo stesso riferimento all'*arbitrium iudicis* contenuto nella formula, ci si avvede tuttavia (come altra parte della dottrina non ha mancato di evidenziare) che la descritta ricostruzione non tiene adeguatamente conto dei risvolti di quell'arbitrio anche in sede deferimento del giuramento di stima, rispetto al quale sembra pertanto doversi riconoscere - ancora una volta - una tendenziale discrezionalità o libertà decisoria in capo giudice destinatario dell'*arbitrium* sulla restituzione in natura. Emblematici in tal senso appaiono in particolare alcuni luoghi delle fonti che sembrano riferirsi - in maniera più specifica - al ruolo e alla posizione del giudice privato rispetto alla scelta di deferire o meno il giuramento di stima. È questo il caso, tra le altre, della eloquente testimonianza di D. 12.3.4.1 (Ulp. 36 ad Ed.), ove il deferimento della stima giurata, pur essendo formalmente ricondotto a un intervento necessario dell'organo giudicante (espresso con il verbo *oportere*), viene a ben vedere ricondotto alla sfera di discrezionalità dello stesso precisando che il giuramento deferito da un soggetto diverso o in assenza di un intervento del giudice non avrebbe avuto alcun effetto: *deferre autem iusiurandum iudicem oportet: ceterum si alius detulerit iusiurandum vel non delato iuratum sit, nulla erit religio nec ullum iusiurandum*; una precisazione che ha un'effettiva ragion d'essere nell'economia dell'istituto soltanto a condizione che il giuramento di stima non si ricollegasse automaticamente alla mancata restituzione, ma potesse in astratto risultare precluso su iniziativa del

¹¹³ Emblematica in tal senso è la posizione di L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit., spec. pp. 147 ss., laddove si sostiene tra l'altro, sulla scorta della già ricordata equiparazione tra *arbitrium iudicis* e *iussum* restitutorio, che *iusiurandum in litem*, arbitrato del giudice e clausola restitutoria rappresentavano nel diritto classico "istituti non solo strettamente collegati, ma addirittura interdipendenti ed inseparabili", nel senso che una volta accertata la mancata ottemperanza dell'ordine restitutorio da parte del convenuto, il giudice avrebbe dovuto "necessariamente deferire il *iusiurandum in litem* e, se l'attore avesse giurato, condannare senz'altro nella somma giurata"; quasi che ciascuno degli atti descritti risultasse in tal modo concatenato a quelli precedenti e succedesse pertanto agli stessi "quasi per forza propria". Ciò emergerebbe tra l'altro, secondo l'autore, dal fatto che le fonti in materia ricollegano espressamente e necessariamente la prestazione del giuramento (e l'aumento della condanna) alla semplice circostanza della mancata *restitutio* (in questo senso viene richiamata ad es. la testimonianza di D. 46.1.73, ove l'aggravio della condanna appare in effetti discendere automaticamente dal rifiuto di restituere: *Cum procurator in rem agebat, cautionem dederat ratam rem dominum habiturum: postea victo eo dominus reversus iterum de eadem re agitabat, et cum reus haberet possessionem, et noluit eam restituere et ideo magno condemnatus est: in amplius fideiussores non tenentur*). In senso critico della ricostruzione di Chiazzese si veda in particolare G. PROVERA, *Contributi allo studio del iusiurandum in litem*, cit., p. 99 ss., il quale offre tra l'altro una compiuta ed esaustiva rassegna dei principali argomenti impiegati dal primo autore a sostegno della propria ricostruzione.

giudice competente a deferirlo¹¹⁴. Analoghe conclusioni sembrano inoltre potersi ricavare dai molteplici passaggi del medesimo titolo che testimoniano la facoltà riconosciuta al giudicante di limitare l'ammontare della *aestimatio* dell'attore imponendogli una *taxatio*, i quali non si limitano a precisare come siffatta limitazione abbia lo scopo manifesto di contenere la stima entro limiti ragionevoli (D. 12.3.5: *praeфинire certam summam*)¹¹⁵, ma sembrano anche ricondurre la relativa facoltà alla circostanza che al giudice autorizzato ad imporre la *taxatio* spetti in primo luogo il potere di deferire o meno il giuramento medesimo¹¹⁶. Ad ulteriore conferma del fatto che la possibilità di giurare per la stima della lite non discende da un corrispondente e indiscriminato obbligo facente capo al giudicante, ma costituisce l'oggetto di una valutazione discrezionale da parte di quest'ultimo, il quale avrebbe quindi potuto ritenere di rinunciare a deferirlo anche in presenza di tutti i presupposti a tal fine necessari (se non addirittura autorizzarlo in concreto anche in situazioni in cui la sua prestazione non era usuale o risultava - per qualsivoglia ragione - parzialmente incerta¹¹⁷). Né difettano nei testi relativi al giuramento alcune testimonianze che sembrano attestare la possibilità per il giudice di assolvere il convenuto o di ridurre l'ammontare della condanna stimata anche dopo la prestazione - ad opera dell'attore - del *iusiurandum*

¹¹⁴ Esplicita in tal senso la conclusione di G. PROVERA, *op. ult. cit.*, p. 101, secondo il quale la precisazione in tal modo formulata "[...] non si spiegherebbe se veramente il *iusiurandum in litem* fosse stato una conseguenza necessaria della contumacia o del dolo del convenuto" che ha disatteso lo *iussum*.

¹¹⁵ Siffatta possibilità dovrebbe intendersi circoscritta, secondo S. SOLAZZI, *Del iusiurandum in litem*, cit., p. 150 ss., unicamente ai giudizi muniti al tempo stesso di clausola arbitraria e di *intentio ex fide bona*, posto che al di fuori di questi al giudice privato sarebbe stato radicalmente precluso discostarsi nella sentenza dalla somma giurata imponendo una *taxatio*. *Contra* E. LEVY, *Zur Lehre*, cit., p. 65.

¹¹⁶ Si veda in particolare D. 12.3.4.2: *Iurare autem in infinitum licet. Sed an iudex modum iuriurando statuere possit, ut intra certam quantitatem iuretur, ne arrepta occasione in immensum iuretur, quaero. Et quidem in arbitrio esse iudicis deferre iusiurandum nec ne constat: an igitur qui possit iusiurandum non deferre, idem possit et taxationem iuriurando adicere, quaeritur: arbitrio tamen bonae fidei iudicis etiam hoc congruit*. C. BERTOLINI, *Il giuramento*, cit., p. 232 ss. riconduce alla medesima prospettiva anche D. 12.3.5.1 (Marcian. 4 Regularum), ove la facoltà del giudice di imporre una *taxatio* al potere dell'attore di stabilire l'*aestimatio* è esplicitamente giustificata alla luce del fatto che al giudice medesimo spetti in primo luogo la scelta se consentire o meno l'esercizio di quel potere: *Sed iudex potest praeфинire certam summam, usque ad quam iuretur: licuit enim ei a primo nec deferre* [...]. Entrambi i frammenti sono richiamati anche in G. PROVERA, *Contributi allo studio del iusiurandum*, cit., p. 99-101, ricavandone appunto una testimonianza indiretta della discrezionalità decisionale riconosciuta al giudice nel valutare se ricorrere o meno al meccanismo processuale della stima giurata.

¹¹⁷ È quanto sembra potersi ricavare - se non altro indirettamente - da D. 12.3.6 (Paul. 26 ad Ed.), nella misura in cui tale frammento (per quanto tronco ed isolato dal contesto) allude alla possibilità - inconsueta ma non radicalmente preclusa - di giurare sull'ammontare della condanna anche in azioni in cui questo non risultasse usuale: *Alias, si ex stipulatu vel ex testamento agatur, non solet in litem iurari*.

*in litem*¹¹⁸, per quanto alla luce della probabile interpolazione dei relativi frammenti appaia oggi più verosimile che, una volta deferito il giuramento di stima, il giudice fosse definitivamente vincolato a condannare il *vocatus* per l'ammontare giurato¹¹⁹. Il deferimento giudiziale del giuramento di stima, pertanto, lungi dell'essere "la mera constatazione di una circostanza di fatto così palese da non prestarsi punto a un vario apprezzamento" ad opera del giudice¹²⁰ (come pure potrebbe ipotizzarsi sul presupposto della sua connessione con il rifiuto del *vocatus* di adempiere allo *iussum* precedentemente rivoltagli), sembra piuttosto configurarsi come il contenuto di una valutazione parzialmente discrezionale in quanto comparativa di interessi concorrenti, la quale deve sì riguardare innanzitutto (e necessariamente) la sussistenza del presupposto della mancata restituzione ma può anche coinvolgere - secondo l'apprezzamento sul punto dell'organo giudicante - circostanze e ragioni ulteriori, tali da giustificare eventualmente - nel caso concreto - la scelta di rinunciare alla sua applicazione. Ragioni che avrebbero poi potuto riguardare, a seconda dei casi (e come appare astrattamente ipotizzabile pur in assenza di indicazioni specifiche fornite dalle fonti), i profili più diversi della situazione devoluta all'interno del processo: dal comportamento dell'attore successivo all'accertamento interinale della fondatezza della pretesa (tale ad esempio da rendere verosimile che egli procedesse ad una stima eccessiva), all'indeterminatezza del valore della lite azionata (difficilmente circoscrivibile mediante una *taxatio*), fino alla possibilità - non del tutto inverosimile - che in seguito allo *iussum restituendi* il convenuto fosse rimasto inerte per ragioni diverse da quelle normalmente sottese alla concessione del giuramento, a fronte delle quali il giudice avrebbe pertanto potuto ritenere - sulla base del proprio arbitrio - di escludere l'avversario dalla possibilità e dal vantaggio di avvalersi dello stesso¹²¹. Dovendosi

¹¹⁸ Particolarmente significative appaiono in tal senso le testimonianze di D. 12.3.4.3 e D. 12.3.5.2: *Item et si iuratum fuerit, licet iudici vel absolvere vel minoris condemnare*. Ulteriori riferimenti ai testi che sembrano attestare i corrispondenti poteri del giudice in C. BERTOLINI, *Il giuramento*, cit., p. 233. Sulla possibile interpolazione dei medesimi frammenti si veda E. LEVY, *Zur Lehre*, cit., p. 62 ss.

¹¹⁹ Sul punto, si veda ad es. M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 340 e nt. 43. Il riconoscimento al giudice privato della facoltà di assolvere o ridurre la condanna dopo la stima della lite è ritenuto "improbabile" - per il diritto classico (e nonostante l'esplicita testimonianza in tal senso fornita dal Digesto) - anche da L. WENGER, *Zu drei Fragen*, cit., p. 359. Sulla probabile interpolazione dei frammenti in esame v. anche A. WATSON, *Iusiurandum*, cit., nt. 20.

¹²⁰ Così L. CHIAZZESE, *op. ult. cit.*, pp. 152-153.

¹²¹ Sul punto G. PROVERA, *Contributi*, op. cit., p. 102: "Insomma non mancano le prove testuali del principio secondo cui la stima giurata dell'attore poteva aver luogo solo se il giudice l'avesse consentita e ciò dopo una valutazione della situazione di fatto che, per non essere prevista in tutti i suoi elementi da norme tassative, lasciava per ciò stesso al giudice medesimo un margine di discrezionalità".

per converso escludere che la prestazione giuramento da parte dell'attore rimasto insoddisfatto rappresentasse per quest'ultimo l'oggetto di un «diritto» immediatamente esercitabile all'interno del processo una volta accertatasi la mancata *restitutio*¹²².

2.4.1. *Contenuti ed effetti del giuramento di stima*

Rimangono a questo punto da esaminare - con maggiore approfondimento - le possibili conseguenze della stima giurata deferita dal giudice nei modi e nei termini che si sono descritti rispetto ai contenuti della condanna in denaro conseguentemente pronunciata all'esito del giudizio. A questo proposito, si è già evidenziato come l'effetto principale della prestazione *apud iudicem* del *iusiurandum in litem* consistesse nell'affidamento all'attore - anziché al giudicante indicato nella formula - del potere di determinare autonomamente il valore della pretesa fatta valere nel giudizio e con esso l'effettivo ammontare della *condemnatio* pecuniaria a carico dell'avversario risultato soccombente¹²³. Se di regola il compito di «convertire» in una somma di denaro lo specifico interesse devoluto della lite era affidato in maniera esclusiva al giudice privato quale parte integrante del suo *officium* decisorio, in altri termini, nel caso di concessione in favore dell'attore del giuramento estimatorio, il medesimo compito sarebbe spettato piuttosto direttamente a quest'ultimo, e avrebbe quindi costituito l'oggetto - anziché di una valutazione obiettiva dell'organo giudicante - di una dichiarazione giurata resa dall'attore nel senso che la somma da lui indicata quale ammontare della condanna corrispondeva al valore dell'interesse fatto valere all'interno del processo¹²⁴. Ciò detto, non si deve tuttavia ritenere che gli effetti del deferimento

¹²² In questo senso si esprime invece, coerentemente con la sua ricostruzione dello *iussum restituendi* quale oggetto di uno specifico dovere dell'organo giudicante nelle formule arbitrarie, L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit., p. 149, secondo il quale “il *iusiur. in litem* [...] si configura dogmaticamente come il diritto che ha l'attore di procedere alla stima del suo interesse alla *restitutio* nel caso di contumacia del convenuto all'ordine giudiziale di restituire” la cosa oggetto della pretesa fatta valere nel giudizio. Analogamente - ed in termini più espliciti - si veda anche ID., *op. ult. cit.*, p. 152: “La contumacia [rispetto allo *iussum restitutorio*], come vincola il convenuto a soggiacere alla *poena*, così fonda nell'attore il diritto a stabilire, mediante il suo giuramento, l'ammontare della *litis aestimatio*”. Nel senso opposto può rinviarsi, oltre che alle già richiamate osservazioni di Provera, a L. WENGER, *Zu drei Fragen aus dem römischen Zivilprozessrecht*, cit., p. 159: “Der Kläger kann nicht ohne weiteres von sich aus verlangen, ein wirksames *iusiurandum in litem* leisten zu dürfen [...]”.

¹²³ In questo senso si vedano le osservazioni formulate *supra* nel § 2.4 del presente capitolo.

¹²⁴ Così, ad esempio, D. 6.1.46 (Paul. 10 *ad Sab.*): *Eius rei, quae per in rem actionem petita tanti aestimata est, quanti in litem actor iuraverit, dominium statim ad possessorem pertinet: transegit enim cum eo et decidisse videor eo pretio, quod ipse constituit*; nonché D. 19.2.48.1 (Marcell. 8 Di-

all'attore del *iusiurandum in litem* si esaurissero in un siffatto trasferimento formale a vantaggio dello stesso del potere di stabilire unilateralmente il contenuto della condanna, potendo esso determinare al contrario - per lo meno in astratto - anche delle importanti conseguenze di carattere sostanziale sull'ammontare di quest'ultima. Considerato che, per effetto del giuramento in parola, la *litis aestimatio* era rimessa di fatto al medesimo soggetto personalmente interessato ad ottenere dal processo un risultato soddisfattivo, infatti, è naturale e comprensibile che l'ammontare della condanna in denaro sarebbe stato determinato in una misura tendenzialmente maggiore rispetto a quella normalmente derivante dalla valutazione del giudice, in quanto nello stesso sarebbero stato non di rado ricondotti - oltre all'interesse effettivo alla reintegrazione in natura - anche fattori differenti ed ulteriori variamente collegati al particolare apprezzamento del medesimo interesse effettuato dal giurante (quali il valore affettivo della *res* controversa o i rapporti individuali con la persona dell'avversario); il che avrebbe in concreto potuto condurre - all'esito del giudizio - a un eventuale incremento (più o meno significativo) del valore della lite rispetto a quello che sarebbe normalmente risultato - in assenza del giuramento - dalla stima autonomamente effettuata dal giudice privato nel suo ruolo di soggetto terzo rispetto ai due contendenti¹²⁵. Talune fonti sembrano anzi testimoniare che l'eventuale incremento dell'ammontare della condanna per effetto della stima «maggiorata» effettuata dall'attore rappresentasse non soltanto una conseguenza legittima della prestazione del giuramento, ma anche un risultato in qualche modo connaturato all'applicazione nel processo del corrispondente meccanismo. In D. 12.3.1 (Ulp. 51 ad Sab), frammento collocato in apertura del titolo del Digesto specificamente dedicato al *iusiurandum in litem*, si legge

gest.): *Qui servum conductum vel aliam rem non immobilem non restituit, quanti in litem iuratum fuerit damnabitur*; e - ancora - D. 12.3.10 (Callistr. lib 1 Quaest.): *In instrumentis, quae quis non exhibet, actori permittitur in litem iurare, quanti sua interest ea proferri, ut tanti condemnetur reus*.

¹²⁵ L'affermazione secondo la quale il giuramento di stima avrebbe potuto condurre, all'esito del giudizio, ad un parziale incremento dell'ammontare della condanna si ritrova pressoché immancabilmente nell'opera di tutti gli autori che si sono occupati incidentalmente degli effetti processuali della prestazione del *iusiurandum*. Si veda - per tutti - C. BERTOLINI, *Il giuramento*, cit., p. 217 ss.: "Che nella stima mediante giuramento l'attore potesse tener calcolo dei suoi bisogni e delle sue relazioni individuali con l'oggetto della lite [...] nessuno lo dubita". Analogamente G. PROVERA, *Contributi*, cit., p. 81 ss.; A. WATSON, *Iusiurandum in litem*, cit., p. 176; e M. KINDLER, *Affectionis aestimatio*, cit., p. 161 ss, che discute in tal senso del giuramento di stima come di una sorta di meccanismo di auto-stima ("Selbstschätzung") del valore della lite, affidato all'attore e parzialmente rimesso a criteri soggettivi. Sull'identificabilità del *pretium rei* a questo riguardo indicato nelle fonti con il valore di mercato della cosa oggettivamente determinabile nella misura ordinaria del *quanti ea res est*, v. P. VOCI, *Risarcimento del danno e pena privata nel dritto romano classico*, Milano, 1939, p. 20 ss.

così che - per effetto dell'attribuzione all'attore della stima giurata sul valore della cosa - oltre a determinarsi un potenziale accrescimento della condanna in denaro conseguente alla prestazione del relativo giuramento¹²⁶, si assiste a una corrispondente valutazione della *res controversa* al di sopra e al di là del suo prezzo di mercato (*ultra rei pretium*), la quale viene peraltro espressamente ricondotta non a un incremento oggettivo del valore di quest'ultima, quanto piuttosto alla suddetta eventualità che la parte giurante le attribuisca soggettivamente un rilievo maggiore:

D. 12.3.1 (Ulp. 51 *ad Sab.*)

Rem in iudicio deductam non idcirco pluris esse opinamur, quia crescere condemnatio potest ex contumacia non restituentis per iusiurandum in litem: non enim res pluri fit per hoc, sed ex contumacia aestimatur ultra rei pretium.

Che la prestazione del giuramento di stima potesse condurre, in concreto, a una valutazione della cosa astrattamente eccedente il suo valore oggettivo è poi confermato dai molteplici testi che sembrano ricondurre il contenuto della stima ad un libero apprezzamento facente capo al giurante, i quali testimoniano peraltro come l'attore non incontrasse in tal senso alcuna astratta limitazione derivante da un obiettivo apprezzamento del suo interesse processuale; al punto che in sede di prestazione della dichiarazione giurata egli avrebbe verosimilmente potuto tener conto, senza particolari condizionamenti o divieti, anche del valore affettivo della *res in iudicium deducta*¹²⁷:

¹²⁶ Appare peraltro significativo che la terminologia a tal riguardo impiegata per indicare gli effetti del giuramento estimatorio sull'ammontare della condanna (*crescere condemnatio potest [...] per iusiurandum in litem*) sia analoga a quella che si è vista utilizzata - dalle fonti sulle azioni litiscescenti - con riguardo all'eventuale raddoppiamento della somma condannatoria in caso di soccombenza della parte processuale ingiustamente resistente nei relativi giudizi; ad indicare un possibile parallelismo tra la funzione attribuita al raddoppio della sanzione nei giudizi medesimi e quella assolta dall'eventuale incremento dell'ammontare della condanna per effetto del *iusiurandum*. Sul significato dell'accrescimento della condanna nell'azioni litiscescenti si vedano *supra* i corrispondenti paragrafi del Cap. I.

¹²⁷ È quanto sembra potersi ricavare, ad es., da D. 2.7.5.1 (Ulp. 5 *ad Ed.*): *In eum autem, qui vi exemit, in factum iudicium datur: quo non id continetur quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore aestimata, de qua controversia est. Hoc enim additum est, ut appareat etiam si calumniator quis sit, tamen hanc poenam eum persequi*. Sul punto F. RABER, *Zum 'pretium affectionis'*, in *Fest. Herdlitzka*, München-Salzburg, 1972, pp. 207-208, il quale individua nell'aumento della condanna potenzialmente derivante dal giuramento di stima una manifestazione di quel *pretium affectionis* talora indicato dalle fonti come oggetto di una condanna basata in parte su criteri soggettivi. Nel senso della riconducibilità del valore di affezione tra gli elementi valutabili dall'attore al momento della stima si veda anche M. KINDLER, *Affectionis aestimatio*, cit., p. 160 ss. *Contra* C. BERTOLINI, *Il giuramento*, cit., p.

D. 12.3.4.2 (Ulp. 36 *ad Ed.*)

Iurare autem in infinitum licet. Sed an iudex modum iuriurando statuere possit, ut intra certam quantitatem iuretur, ne arrepta occasione in immensum iuretur, quaero. Et quidem in arbitrio esse iudicis deferre iusiurandum nec ne constat: an igitur qui possit iusiurandum non deferre, idem possit et taxationem iuriurando adicere, quaeritur: arbitrio tamen bonae fidei iudicis etiam hoc congruit.

Una parziale limitazione oggettiva alla facoltà dell'attore di giurare *in infinitum* sarebbe potuta discendere - tutt'al più - dal significato del giuramento e della sua ingiusta prestazione sotto il profilo del sentimento religioso, il quale, oltre ad operare su un piano extra-giuridico e come tale non immediatamente coercibile all'interno del processo, appare tuttavia conciliabile anche con l'eventuale desiderio - manifestato dall'attore - di attribuire alla cosa devoluta nel giudizio un valore diverso ed in parte più elevato rispetto a quello alla stessa effettivamente attribuibile secondo criteri oggettivi¹²⁸; tanto che le fonti (pur non escludendo in radice l'applicazione in queste ipotesi della sanzione per lo spergiuro) testimoniano al tempo stesso una tendenziale inverosimiglianza del ricorso alla stessa¹²⁹, la quale può a ben vedere spiegarsi - senza troppe difficoltà - proprio alla luce della riconduzione dell'*aestimatio* a una valutazione soggettiva in qualche modo sottesa alla logica dell'istituto. Né può ritenersi che un limite più incisivo alla medesima libertà riconosciuta al giurante di aumentare discrezionalmente l'ammontare della stima potesse discendere in generale dalla possibilità per il giudice (già sopra menzionata e del resto espressamente ricavabile dai richiamati frammenti) di imporre una misura massima della somma giurata attraverso una *taxatio*, posto da un lato che la fissazione di tale misura era pur sempre l'oggetto di una semplice facoltà a disposizione del giudicante e, per altro verso, che la stessa possibilità appare per vero essere stata riconosciuta - in concreto - soltanto in casi ec-

217 e nt. 29, il quale adduce tuttavia a sostegno di questa tesi negativa unicamente alcuni passi - per lo più riferiti ad ipotesi particolari connesse all'applicazione di un precetto normativo - in cui..., sostenendo per altro verso - in termini non del tutto perspicui - che i numerosi altri passi che sembrerebbero deporre nel senso contrario "non dicono che gli affetti possano essere presi a misura del valore, ma che possono essere motivi di relazioni giuridiche, causa cioè, e non oggetto di un'azione".

¹²⁸ In questo senso si veda ad es. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 438.

¹²⁹ D. 12.3.11 (Paul. 3 *Resp.*): *De periurio eius, qui ex necessitate iuris in litem iuravit, quaeri facile non solere*. Sul punto G. PROVERA, *Contributi*, cit., p. 104 ss. e C. BERTOLINI, *Il giuramento*, cit., p. 224. In generale sull'efficacia del giuramento sotto il profilo della *religio* e sulle implicazioni della *quaestio de periurio* eventualmente derivante dalla sua falsità v. A. CALORE, *Il giuramento: un modello storiografico?*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXIII, 2, 1993, p. 509-523.

cezionali ed a fronte di stime manifestamente eccessive (*ne arrepta occasione in im-mensum iuretur*); senza dunque precludere che - nella generalità delle ipotesi ed entro limiti ragionevoli - il giudice consentisse all'attore di determinare per eccesso il valore della cosa secondo il suo apprezzamento soggettivo, dando luogo per conseguenza ad un corrispondente aumento dell'ammontare della condanna.

Per quanto dalle fonti si ricavi indirettamente che simile accrescimento del valore dell'*aestimatio* presentava nel processo un carattere facoltativo e meramente eventuale¹³⁰, pertanto, non vi è dubbio che in ragione dello stesso all'attore fosse di fatto attribuito - nei casi in esame - un'immediata potestà condizionante delle sorti del giudizio, potendo egli determinare pressoché liberamente, mediante il meccanismo discrezionale della stima giurata, l'entità della sanzione gravante sul soccombente per effetto della condanna. Ciò è confermato - tra le altre cose - dalla circostanza che le medesime fonti che si sono richiamate con riguardo alla potenziale indeterminanza della stima giurata qualifichino espressamente la posizione dell'attore rispetto al giuramento alla stregua di un autentico diritto riconosciuto al medesimo all'interno del processo, vale a dire come l'oggetto di una scelta discrezionale fondata sul suo interesse e rimessa esclusivamente al suo libero apprezzamento; nel qual senso depongono in effetti, accanto alla già menzionata facoltà dell'attore di non prestare il giuramento una volta deferitogli, tanto il fatto che lo stesso potesse essere effettuato esclusivamente dall'attore (o per lo meno dal medesimo soggetto che ha contestato la lite¹³¹), quanto la circostanza formale - ma non per questo irrilevante - che la terminologia impiegata dalle fonti per riferirsi al ruolo dell'attore nelle azioni arbitrarie (*arbitrium petere, postulare* e simili...)¹³² sia chiaramente indicativa del riconosci-

¹³⁰ È evidente, del resto, che l'attore investito della *litis aestimatio* avrebbe potuto giurare - in astratto - anche nell'ammontare corrispondente al valore della cosa. In tal senso G. PROVERA, *op. ult. cit.*, p. 82. Le fonti testimoniano d'altro canto che, qualora l'attore non avesse voluto sottoporsi alla prestazione del giuramento, egli avrebbe anche potuto rinunciare alla stima e così alla facoltà di determinare autonomamente l'ammontare della condanna; nel qual caso l'*aestimatio* in denaro sarebbe stata effettuata direttamente dal giudice secondo i criteri ordinari (D. 6.1.71: *Quod si possessor quidem dolo fecit, actor vero iurare non vult, sed quanti res sit adversarium condemnari maluit, mos ei gerendus est*).

¹³¹ Con la conseguente esclusione dalla facoltà di giurare sia del *procurator* (D. 12.3.7: *non posse iurare quam eum, qui litem suo nomine contestatus est*), salvo che quest'ultimo abbia agito *in rem suam* (D. 2.14.13.1), sia degli impuberi che non avessero raggiunto una maturità tale da consentire loro di condurre autonomamente la lite (D.12.3.4.pr.: *Et quidem ipse pupillus, si impubes est, non potest*).

¹³² Si vedano ad es. Gai. 4.141, ed - in senso ancora più esplicito nella direzione indicata - Gai. 4.163-165. Sul punto v. anche M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 337, nt. 17.

mento a quest'ultimo di una posizione di vantaggio e di tendenziale libertà nel ricorrere allo strumento, avvicinandosi tra l'altro - per rimanere nel contesto delle dichiarazioni giurate - a quella comunemente ricorrente nelle fonti sul processo con riguardo alla prestazione del *iusiurandum* necessario¹³³, caratterizzato come ben noto - a differenza di quello cd. volontario (spontaneamente utilizzabile da entrambe le parti e nella generalità delle azioni) - da una potestà unilaterale facente capo all'attore di imporre all'avversario la sua prestazione e le relative conseguenze sul piano decisorio. A ulteriore indicazione che la decisione dell'attore di prestare nel giudizio il giuramento di stima precedentemente deferitogli dall'organo giudicante avrebbe potuto condizionare con una certa libertà il contenuto sostanziale della pronuncia di merito. Correlativamente, la situazione del convenuto risultato soccombente (e in quanto tale destinatario della condanna in denaro determinata dall'avversario mediante la stima giurata) appare descritta dalle medesime fonti nelle forme e coi contenuti di una generica soggezione, vale a dire alla stregua di una posizione coatta e meramente passiva che non lascia al *vocatus* alcun tipo di libertà nei confronti dell'avversario, potendosi egli unicamente assoggettare alle conseguenze (negative) della scelta di quest'ultimo di aumentare eventualmente l'ammontare della condanna e liberarsi dalle stesse soltanto con l'adempimento del giudicato sfavorevole a vantaggio dell'attore vittorioso. In quest'ottica, si considerino ad esempio le seguenti testimonianze:

Gai. 4.89

Igitur si verbi gratia in rem te cum agam satis mihi dare debes; aequum enim visum est te ideo quod interea tibi rem quae an ad te pertineat dubium est possidere conceditur, cum satisfactione mihi cavere, ut si victus sis nec rem ipsam restituas nec litis aestimationem sufferas, sit mihi potestas aut te cum agendi aut cum sponsoribus tuis.

¹³³ Anche con riguardo all'eventuale prestazione di questo tipo di giuramento nelle ipotesi tassative in cui era consentito le fonti impiegano infatti - non di rado - le medesime locuzioni *petere* o *postulare* che si sono viste utilizzate con specifico riferimento alla componente arbitraria del meccanismo estimatorio nelle formule arbitrarie. Si veda ad esempio D 12.2.11.2 (Ulp. 22 ad Ed.): [...] *Sed si rerum, in quibus usus fructus propter abusum constitui non potest, iuraverit usum fructum se habere vel sibi debere, effectum iurisiurandi sequendum arbitror ideoque tunc quoque videri eum recte iurasse puto et ex eo iureiurando posse petere usum fructum cautione oblata*; ma soprattutto D. 12.2.34.6 (Ulp. 26 ad Ed.): *Ait praetor: «Eum, a quo iusiurandum petetur, solvere aut iurare cogam»: Alterum itaque eligat reus, aut solvat aut iuret: si non iurat, solvere cogendus erit a praetore.*

D. 25.2.22.pr. (Iul. 19 Dig.)

Si propter res amotas egero cum muliere et lis aestimata sit, an actio ei danda sit, si amiserit possessionem? Movet me, quia dolo adquisiit possessionem. Respondi: qui litis aestimationem suffert, emptoris loco habendus est. Ideo si mulier, cum qua rerum amotarum actum est, aestimationem litis praestiterit, adversus vindicantem maritum vel heredem mariti exceptionem habet et, si amiserit possessionem, in rem actio ei danda est.

Se da un lato è la stessa terminologia utilizzata nei testi (*litis aestimationem sufferre, praestare*) a suggerire che la posizione del *vocatus* rispetto all'esito della stima fosse quella di un soggetto rigidamente vincolato alle conseguenze di questa¹³⁴, dall'altro sembra potersi desumere dai medesimi testi come un simile effetto negativo della stima giurata fosse la necessaria conseguenza della scelta fraudolenta compiuta dal *vocatus* di assoggettarsi alla condanna anziché provvedere alla reintegrazione in natura, come si ricava indirettamente dal frammento giuliano riferito all'azione *rerum amotarum* (senz'altro munita di clausola arbitraria¹³⁵) laddove esso riferisce espressamente che la moglie risulta assoggettata alla stima pecuniaria (*aestimationem suffert*) in quanto ha acquistato fraudolentemente la *res* del marito nel corso del processo (*dolo adquisiit possessionem*). Senza contare che ulteriori passi relativi alla prestazione del giuramento estimatorio all'interno dei giudizi in cui era consentito sembrano invero testimoniare - a corollario di una simile connotazione vincolata della situazione del *vocatus* nei confronti dell'attore autorizzato a giurare - che un'eventuale inerzia tenuta dal primo rispetto all'alternativa tra restituire in natura ed accettare la condanna aggravata dalla stima avrebbe potuto determinare - a carico dello stesso - le medesime conseguenze normalmente derivanti all'esito del giudizio dall'inadempimento dell'eventuale *stipulatio* prevista dalle parti per l'esecuzione del giudicato¹³⁶. Ciò che maggiormente interessa ai fini e per l'oggetto della presente ricerca è tuttavia

¹³⁴ Sul significato di siffatta terminologia nell'indicare indirettamente - in combinazione con altre risultanze ricavabili dalle fonti - la natura ineluttabile e tendenzialmente cogente degli effetti del giuramento di stima nei confronti del convenuto v. anche E. BETTI, *Studi sulla litis aestimatio*, cit., p. 55 ss, il quale evidenzia tra l'altro come le medesime locuzioni si trovino impiegate in altri luoghi onde riferirsi genericamente alla sopportazione di una pena o di altre conseguenze negative (*Ibidem*, p. 10-11).

¹³⁵ D. 25.2.8 (Pomp. 16 ad Sab.): *Si, cum dos solveretur mulieri aut satis doti fieret, dictum non esset actum iri rerum amotarum, nihilo minus agi potest: nam et cum dos nulla sit, eadem actio datur. Sabinus ait, si mulier res quas amoverit non reddat, aestimari debere quanti in litem vir iurasset.*

¹³⁶ In questo senso sembra esprimersi in particolare E. BETTI, *Studi sulla litis aestimatio*, cit., p. 5 ss.

la circostanza che numerose delle fonti sul giuramento di stima attribuiscano apertamente all'incremento della condanna eventualmente derivante dalla sua prestazione un'efficacia repressiva della condotta del convenuto all'interno del giudizio. Ciò appare manifesto - anche a un esame rapsodico dei frammenti al riguardo - dai numerosi testi relativi al giuramento che qualificano esplicitamente gli effetti dello stesso nei confronti del *vocatus* nei termini di una *poena* gravante su quest'ultimo, dai quali emerge in effetti - al di là dei sospetti di alterazione dei singoli passaggi (del resto agevolmente liquidabili per la stessa frequenza con cui il concetto ritorna¹³⁷) - come la funzione primaria riconosciuta alla stima effettuata dall'attore sia quella di sanzionare l'intenzione del convenuto di sottoporsi alla condanna anziché accettare spontaneamente di adempiere in natura alla pretesa giuridica fatta valere dal suo avversario:

D. 12.3.2 (Paul. 13 *ad Sab.*)

Sive nostrum quid petamus sive ad exhibendum agatur, interdum quod intersit agentis solum aestimatur, veluti cum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur [...]

D. 35.60.2.1 (Iav. 14 *ex Cassio*)

Legato petito cum in litem iuratum est, ratio legis Falcidiae non eius summae, in quam legatarius iuravit, haberi debet, sed eius, quanti re vera id fuit quod petatum est: nam id quod poenae causa adcrevit in legem Falcidiam non incidit.

D. 46.1.74 (Paul. 76 *ad Ed.*)

Cum procurator in rem agebat, cautionem dederat ratam rem dominum habiturum: postea victo eo dominus reversus iterum de eadem re agitabat, et cum reus haberet possessionem, et noluit eam restituere et ideo magno condemnatus est: in amplius fideiussores non tenentur: hoc enim non debet imputari fideiussoribus, quod ille propter suam poenam praestitit.

¹³⁷ Per alcune attestazioni in merito alla classicità della testimonianza delle fonti circa la funzione sanzionatoria del *iusiur. in litem* v. M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 340 ss.

Le testimonianze in questo modo richiamate, come altre rinvenibili nel Digesto nella medesima materia¹³⁸, non si limitano peraltro ad identificare nel giuramento di stima un meccanismo *lato sensu* punitivo a carico del *vocatus* che sia rimasto soccombente, ma indicano a ben guardare - e con maggiore precisione - anche il fine specifico a cui è concretamente rivolta la relativa repressione all'interno del processo, il quale sembra consistere in buona sostanza (e coerentemente con l'operatività dell'istituto nel particolare contesto delle azioni arbitrarie) nella necessità di impedire al *vocatus* che intenda approfittare della sua facoltà (pur sempre legittima) di preferire la *condemnatio* alla reintegrazione in natura allo scopo di conseguire per mezzo del giudizio la disponibilità della *res* nello stesso controversa, evitando correlativamente all'attore risultato vittorioso di dover subire la conseguenza (per lui più svantaggioso) di ottenere unicamente una reintegrazione in denaro in luogo dell'oggetto specifico della pretesa a suo tempo azionata. In D. 6.1.70 (Pomp. 29 *ad Sab.*, riferito alla situazione del convenuto che si sia disfatto del possesso per evitare la sua *restitutio* nella *rei vindictio*) si legge così, se non altro tra le righe, che apparirebbe ingiusto se al convenuto fosse concesso di ottenere fraudolentemente la proprietà della cosa - quasi per un furto - semplicemente pagandone il prezzo all'esito del giudizio (*Nec quasi publicianam quidem actionem ei dandam placuit, ne in potestate cuiusque sit per rapinam ab invito domino rem iusto pretio comparare*); mentre in D. 25.2.9 (Paul. 37 *ad Ed.*) si afferma espressamente che è iniquo costringere qualcuno (corrispondente beninteso all'attore vittorioso) ad accettare contro voglia di vendere la propria cosa all'esito del giudizio solo per il fatto che l'avversario soccombente non intenda restituirla: [...] *non enim aequum est invitum suo pretio res suas vendere*. Ovvero - il che è lo stesso

¹³⁸ Per ulteriori riferimenti alle fonti dalle quali può ricavarsi, direttamente o indirettamente, l'intrinseca valenza sanzionatoria del *iusiurandum in litem* e dei suoi effetti processuali si veda ad esempio M. KINDLER, *Affectionis aestimatio*, cit., pp. 164 ss. (con estesi richiami alla letteratura precedente), nonché - specie per quanto attiene al rapporto fra tale efficacia sanzionatoria e la libertà del giudice di autorizzare il giuramento - M. PENNITZ, *Das Enteignungsfall*, cit., p. 302 ss. e nt. 232, il quale ritiene tuttavia che la funzione punitiva in esame non vada riferita in modo specifico alla stima giurata, quanto piuttosto e più in generale alla parziale discrezionalità in qualche misura connaturata alla *litis aestimatio* (compresa quella effettuata dal giudice): "Das bedeutet, dass jeder Ästimation, sei es durch den iudex selbst oder mittels Zulassung eines Eides, eine «Straffunktion» innewohnt". Nel senso del riconoscimento alle conseguenze del *iusiurandum* estimatorio di una rilevanza *lato sensu* penale a carico del *vocatus* sembra del resto deporre anche l'esplicita esclusione dalla relativa legittimazione passiva, testimoniata dalle fonti, degli eredi del convenuto eventualmente defunto nel corso del processo (salvi il dolo o la contumacia direttamente imputabili in capo agli stessi), evidentemente accostabile sotto questo profilo all'intrasmissibilità dal lato passivo delle obbligazioni derivanti dagli illeciti penali: D.35.2.60.1; D. 27.7.4. Sul punto, C. BERTOLINI, *Il giuramento*, cit., p. 231.

- che il meccanismo estimatorio della valutazione giurata tende a prevenire indirettamente che un determinato soggetto (vale a dire il *vocatus* risultato soccombente) trattenga ingiustamente per sé a conclusione del processo ciò che è stato ad altri riconosciuto quale oggetto del suo diritto, come risulta tra l'altro indirettamente dalla testimonianza offerta dal medesimo giurista da ultimo menzionato in D. 24.3.25.1 (Paul. 36. *ad Ed.*): *Maritum in reddenda dote de dolo malo et culpa cavere oportet. Quod si dolo malo fecerit, quo minus restituere possit, damnandum eum, quanti mulier in litem iuraverit, quia invitis nobis res nostras alius retinere non debeat [...]*¹³⁹. Se non vi è dubbio che l'incremento della condanna oltre il valore della cosa rappresentasse per il *vocatus* un significativo aggravio delle conseguenze a suo carico derivanti dal giudizio (determinando - almeno in potenza - un «prezzo» più elevato per la sua soccombenza), alla luce delle fonti che si sono richiamate può pertanto concludersi che il significato obiettivo riconosciuto a tale aggravio all'interno del processo fosse quello di colpire con una sanzione autonoma (in quanto aggiuntiva rispetto a quella derivante dall'illecito principale oggetto della lite) il comportamento del convenuto che, rifiutando di adempiere spontaneamente allo *iussum restituendi* rivolto dal giudice, impedisca di fatto al meccanismo processuale di giungere al suo scopo di soddisfazione in natura della pretesa azionata¹⁴⁰; comportamento a cui viene pertanto riconosciuto non soltanto uno specifico disvalore sotto il profilo etico delle relazioni processuali (posto che al rifiuto del convenuto di adempiere in natura viene espressamente ricollegato, come si è visto, il sacrificio dell'interesse avversario alla conservazione della *res*), ma che finisce in tal modo per formare l'oggetto di un illecito

¹³⁹ Sul contenuto di tali fonti e le indicazioni dalle stesse ricavabili in merito alla qualificazione del *iusiurandum* come strumento repressivo degli acquisti forzosi eventualmente effettuati dal convenuto mediante il rifiuto della restituzione della cosa v. C. BERTOLINI, *Il giuramento*, cit., pp. 213-214.

¹⁴⁰ Nel senso di una portata essenzialmente sanzionatoria del giuramento di stima, nonostante la struttura dello stesso appaia suggerirne la semplice natura di meccanismo estimatorio per la determinazione della condanna, si esprimono - tra gli altri - G. BROGGINI, *Sulle origini*, cit., p. 136 ss.; G. PROVERA, *Contributi*, cit., p. 76; L. CHIAZZESE, *Iusiurandum*, p. 156 ss., nonché - più di recente - M. KINDLER, *Affectionis aestimatio*, cit., pp. 163 ss. e spec. pp. 166 ss., il quale evidenzia in particolare come l'effetto punitivo in tal senso riconoscibile al *iusiurandum in litem* non contrasti invero (come da alcuni affermato) con il carattere normalmente reipersecutorio dei giudizi nei quali esso si applica, posto che un'analoga "intersezione" tra funzione satisfattiva e funzione repressiva degli strumenti processuale può a ben vedere riconoscersi anche in altri istituti del processo formulare (tra cui può ricordarsi per tutti il meccanismo punitivo delle azioni litis crescenti). La natura sanzionatoria del giuramento di stima è stata invece radicalmente contestata da E. BETTI, *Studi sulla litis aestimatio*, op. cit., *passim*. Sul punto - e per una critica alla ricostruzione negativa in tal modo prospettata - G. PROVERA, *Contributi*, cit., pp. 82-83 e nt. 24, laddove, oltre a contestare la pretesa di ricostruire gli effetti del giuramento come semplice meccanismo estimatorio, si riconosce espressamente nei medesimi "una *poena sui generis*, non autonoma, bensì incorporata nella sanzione inflitta mediante la *condemnatio pecuniaria*".

processuale specificamente individuato (consistente appunto nella mancata reintegrazione dell'avversario vittorioso in seguito all'invito del giudice diretto ad autorizzarla), a cui si ricollega - per effetto del meccanismo del giuramento di stima affidato all'avversario - una «responsabilità aggravata» del convenuto soccombente per l'ipotesi in cui questi preferisca assoggettarsi cionondimeno alla *condemnatio* in denaro¹⁴¹.

2.4.2. I presupposti soggettivi della condotta sanzionata: dolo e contumacia

Tutto ciò esplicitato per quanto attiene alla natura e alla funzione processuale del *iusiurandum in litem* quale strumento di repressione della mancata *restitutio*, e chiarito in astratto come siffatta sanzione operasse tecnicamente proprio sulla base dell'incremento della condanna eventualmente derivante dal giuramento dell'attore, non può tuttavia rimanere inosservato che tale meccanismo di coazione processuale non si applicava a ben vedere in maniera indiscriminata e a fronte di qualsivoglia rifiuto di adempiere in natura, presentando piuttosto, come emerge dalle fonti, un presupposto ulteriore e puntualmente individuato. Se si esaminano più attentamente i frammenti che hanno consentito di descrivere la funzionalità dell'istituto nella dinamica del processo, infatti, ci si avvede facilmente che essi ricollegano sì la prestazione del *iusiurandum* (e il conseguente aggravamento - almeno potenziale - dell'ammontare della condanna) alla circostanza obiettiva della mancata reintegrazione in natura della pretesa azionata, ma la subordinano al tempo stesso - e senza alternative - allo specifico ricorrere nel caso concreto di una determinata connotazione di carattere «soggettivo» della condotta del *vocatus*. Ciò emerge, a ben vedere, da

¹⁴¹ Non appaiono in questo senso decisivi i rilievi formulati in proposito da G. PROVERA, *Contributi*, cit., p. 80 ss., secondo i quali la posizione del convenuto rispetto all'aumento della condanna derivante dalla stima non sarebbero qualificabili nei termini di autonomo illecito operante nel processo ma piuttosto alla stregua di un aggravamento eventuale della responsabilità principale derivante dal giudizio. Una volta stabilito che la stima giurata poteva comportare un aggravio della condanna, infatti, poco conta se quest'ultimo possa concepirsi in astratto come un'autonoma sanzione ovvero come parte integrante della condanna medesima, in quanto ciò che rileva sotto il profilo funzionale è più che altro la circostanza che alle relative condotte dalla parte convenuta fossero in concreto collegate conseguenze diverse (e potenzialmente più onerose) rispetto a quelle normalmente derivanti dalla soccombenza nel giudizio. Il medesimo autore sembra peraltro indirettamente richiamarsi alla stessa configurabilità del meccanismo in esame come oggetto di uno specifico illecito operante nel processo, laddove riconosce apertamente, sia pur con riguardo alla struttura della clausola arbitraria e del relativo giudizio interinale anziché in relazione al *iusiurandum in litem* agli stessi connesso la funzione "di rivelare la situazione di illecito in cui il convenuto si trovava, [...] che veniva valutata al momento della *litis contestatio* e permetteva altresì di individuare il comportamento di chi, versando in una situazione di quel genere, aggravava ulteriormente la sua responsabilità rifiutandosi di compiere la *restitutio*" (*Ibidem* p.80 e nt. 20).

numerosa delle testimonianze che si sono menzionate con riguardo alla funzione del giuramento di stima nei giudizi arbitrari, nelle quali l'eventualità processuale del deferimento all'attore della valutazione giurata dell'ammontare della condanna appare in effetti quasi sempre correlato non solo (e non tanto) alla circostanza obiettiva della mancata reintegrazione della pretesa azionata, quanto piuttosto (ed in modo più specifico) all'atteggiamento soggettivo imputabile al convenuto che non vi abbia provveduto nel corso del processo, formalmente indicato, a seconda dei casi, in termini di «dolo» ovvero di «*contumacia*» del convenuto medesimo¹⁴².

D. 12.3.2 (Paul. 13 *ad Sab.*)

Sive nostrum quid petamus sive ad exhibendum agatur, interdum quod intersit agentis solum aestimatur, veluti cum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur: cum vero dolus aut contumacia non restituentis vel non exhibentis, quanti in litem iuraverit actor.

D. 10.4.3.2 (Ulp. 24 *ad Ed.*)

Praeterea in hac actione notandum est, quod reus contumax per in litem iusiurandum petitoris damnari possit ei iudice quantitatem taxante.

D. 6.1.71 (Paul. 13 *ad Sab.*)

Quod si possessor quidem dolo fecit, actor vero iurare non vult, sed quanti res sit adversarium condemnari maluit, mos ei gerendus est.

D. 12.3.8 (Marcell. 8 *Dig.*)

Tutor rem adulti, quam possidet, restituere ei non vult: quaero, utrum quanti res est an quanti in litem iuratum fuerit condemnari debet, respondi: non est aequum pretio,

¹⁴² Sul punto può rinviarsi, in generale, a C. BERTOLINI, *Il giuramento*, cit., p. 208 ss. e spec. p. 212, il quale evidenzia per l'appunto come ai requisiti generali per il deferimento nella lite del giuramento di stima (natura arbitraria dell'azione, mancata restituzione, incertezza del valore della lite) debba aggiungersi alla luce delle fonti la circostanza che la mancata restituzione (o esibizione) sia riconducibile al dolo o alla contumacia del convenuto resistente, non facendosi altrimenti luogo alla stima giurata. Analogamente A. WATSON, *Iusiurandum in litem*, cit., p. 176 e nt. 20: "[...] Yet the texts all tell the same story, namely that *iusiurandum in litem* was only permitted where there was *dolus* or *contumacia*". Sull'impiego dei due termini nelle fonti e il significato del loro accostamento ai fini dell'integrazione dei presupposti per il deferimento del *iusiurandum* estimatorio v. anche M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 339 e nt. 36 (con più ampi riferimenti alla letteratura sul punto).

id est quanti res est, litem aestimari, cum et contumacia punienda sit et arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit potestate petitori in litem iurandi concessa.

Affinché l'attore risultato prevalente nella pronuncia interinale sulla fondatezza della pretesa possa essere effettivamente autorizzato a prestare il giuramento e a determinare di conseguenza l'ammontare della condanna (qualora lo ritenga) *ultra rei pretium* non basta quindi che il convenuto sia rimasto inerte di fronte allo *iussum* restitutorio rivoltagli dal giudice (ossia che abbia genericamente trascurato di adempierlo), ma occorre al tempo stesso che il comportamento del medesimo *vocatus* che abbia eventualmente condotto - nel caso di specie - a siffatto risultato sia concretamente qualificabile come condotta dolosa ovvero contumace, traducendosi la necessaria verifica di questo ulteriore presupposto in un contenuto aggiuntivo dell'accertamento interinale effettuato dal giudice in sede di attuazione del suo arbitrato restitutorio. Soltanto laddove la relativa verifica abbia condotto in concreto ad un esito positivo, il giudice potrà effettivamente devolvere la potestà processuale di determinare la condanna all'attore insoddisfatto dalla mancata reintegrazione, deferendo allo stesso il giuramento per la stima del valore della lite e così dell'ammontare della sanzione gravante sull'avversario. In caso contrario, vale a dire laddove la mancata restituzione non dipenda da contumacia imputabile al *vocatus* o quest'ultimo non abbia agito con dolo (ma soltanto con colpa), la *litis aestimatio* rimarrà per converso affidata alla valutazione esclusiva dell'organo giudicante, il quale sarà chiamato a provvedervi nei modi ordinari attenendosi alla misura obiettiva stabilita nella formula¹⁴³. Ciò che equivale a ben vedere a riconoscere come il dolo o la contumacia imputabili al convenuto rispetto allo *iussum restituendi* proveniente dal giudice si configurino in concreto - accanto alla fattispecie in sé della mancata *restitutio* - come l'oggetto specifico della sanzione processuale potenzialmente derivante dalla prestazione del giura-

¹⁴³ È quanto si ricava esplicitamente da D. 12.3.4.4 (Ulp. 36 *ad Ed.*): *Ex culpa autem non esse iussum deferendum constat, sed aestimationem a iudice faciendam*. Sul punto M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 339; M. PENNITZ, *Das Enteignungsfall*, cit., pp. 304-306, il quale ipotizza tra l'altro, sulla scorta di alcune fonti che sembrano deporre in tal senso, che in questi casi l'*aestimatio* del giudice avrebbe cionondimeno potuto tener conto - per lo meno in una certa misura - del maggior valore attribuibile alla cosa oggetto del giudizio in ragione della sua mancata restituzione alla parte interessata nel corso del processo (secondo il criterio del *quod agentis interest* pur formalmente non risultante dalla formula dell'azione). Per le fonti si vedano, ad es., D. 12.3.2 (Paul. 13 *ad Sab.*), D. 12.3.5.3 (Marc. 4 *Reg.*) e D. 6.1.68 (Ulp. 51 *ad Ed.*). Spunti in tal senso anche in D. MEDICUS, *Id quod interest: Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Köln, 1962, p. 229 s.

mento, vale a dire come l'autentico contenuto delle condotte processuali poste in essere dal *vocatus* che l'effetto negativo dalla stima giurata affidata all'attore è destinato a reprimere a conclusione del giudizio (*cum et contumacia punienda sit et arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit potestate petitori in litem iurandi concessa*).

Più complessa e problematica - sulla scorta delle fonti - appare invece la puntuale ricostruzione del contenuto specifico dei due presupposti così individuati e delle loro possibili interazioni all'interno del processo, sia per il fatto che i frammenti a tal riguardo richiamati non ne forniscono in alcun luogo una compiuta definizione, sia in quanto il dolo e la contumacia attribuibili al *vocatus* in relazione alla *restitutio* compaiono talora in congiunzione tra loro, mentre altre volte sono piuttosto richiamati in maniera svincolata e del tutto indipendente¹⁴⁴. Controverso alla luce di quest'ultima circostanza risulta in particolare se l'elemento del dolo quale autonomo requisito dell'autorizzazione a giurare comparisse effettivamente tra i presupposti dell'istituto anche per l'epoca classica o costituisca piuttosto il prodotto surrettizio di un'estensione successiva e di una correlativa alterazione delle fonti in proposito che lo menzionano espressamente¹⁴⁵. In questo senso, la rigorosa ricostruzione proposta dal Chiazzese nella sua monografia sul *iusiurandum in litem*, secondo cui - pur dovendosi riconoscere la classicità dei riferimenti alla contumacia in relazione al processo¹⁴⁶ - quest'ultima (intesa come obiettiva disobbedienza all'ordine del giudice di restituire la cosa) sarebbe l'unica condizione indispensabile per la concessione del giuramento nel processo *per formulas* e il riferimento aggiuntivo all'elemento del dolo dovrebbe

¹⁴⁴ Uno specifico riferimento al dolo quale unico presupposto della condanna del convenuto nella misura estimatoria stabilita dall'attore si ritrova ad esempio, oltre che in alcuni dei frammenti sopra menzionati, in D. 5.1.64.pr. (Ulp. 1 *Disp.*): *Non ab iudice doli aestimatio ex eo quod interest fit, sed ex eo quod in litem iuratur: denique et praedoni depositi et commodati ob eam causam competere actionem non dubitatur*. Oltre che nella già richiamata testimonianza paolina di D. 12.3.2 e in svariati altri frammenti del medesimo titolo, il requisito della condotta dolosa ad opera del *vocatus* compare invece in intima correlazione con la *contumacia* dello stesso in D. 12.3.8 (Marcel. 8 *Dig.*), laddove l'esigenza di sanzionare la contumacia del *vocatus* è espressamente ricondotta alla volontà (e quindi al dolo) di quest'ultimo di non restituire la cosa controversa: *Tutor rem adulti, quam possidet, restituere ei non vult: quaero, utrum quanti res est an quanti in litem iuratum fuerit condemnari debet, respondi: non est aequum pretio, id est quanti res est, litem aestimari, cum et contumacia punienda sit et arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit potestate petitori in litem iurandi concessa*.

¹⁴⁵ Per queste ultime si vedano nuovamente i riferimenti al Digesto di cui alla nota precedente.

¹⁴⁶ L. CHIAZZESE, *Iusiurandum in litem*, cit., p. 146 ss. e spec. pp. 154 ss.

pertanto considerarsi come non genuino¹⁴⁷, è apparsa a taluni non del tutto coerente con la testimonianza offerta delle fonti che si sono richiamate e con l'impostazione complessiva del rimedio in esame nel diritto dei classici. A prescindere dal problema delle incontestabili interpolazioni che hanno interessato taluni dei frammenti in cui il concetto di contumacia compare esplicitamente in correlazione con l'elemento del dolo¹⁴⁸, infatti, difficilmente potrebbe negarsi che la testimonianza delle fonti lasci intravedere un rapporto - diretto o indiretto - tra il deferimento all'attore del giuramento di stima e la scelta (soggettiva) effettuata dal *vocatus* di sottrarsi all'invito alla reintegrazione in natura, posto che quest'ultima costituisce come visto un aspetto integrante delle valutazioni compiute dall'organo giudicante in sede di arbitrato sulla *restitutio* medesima. Ciò appare invero sottointeso - in una certa misura - nella richiamata insistenza delle medesime fonti sulla funzione sanzionatoria della autoriz-

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 157 ss.: "Non sono testimonianze genuine quelle in cui si attribuiscono al *iusiur. in litem* presupposti diversi rispetto alla contumacia". A tale conclusione l'autore citato giunge in particolare sulla base della (già richiamata) qualificazione dello *iussum restituendi* alla stregua di un autentico ordine rivolto dal giudice con effetti vincolanti nei confronti del *vocatus*, dal quale discenderebbe la completa irrilevanza di qualsiasi valutazione in ordine a circostanze diverse ed ulteriori rispetto al dato di fatto del suo inadempimento. Il medesimo autore, invero, non nega che la contumacia così definita ricomprenda "in sé un elemento di dolo" (consistente nella consapevolezza del rifiuto di obbedire allo *iussum*), ma considera tale elemento doloso di carattere «accessorio» nettamente separato dal dolo processuale a cui sembrano riferirsi più in generale le fonti riguardanti il giuramento di stima, il quale non potrebbe per converso accostarsi alla contumacia del *vocatus* "in quanto i due concetti non soltanto sono affatto diversi ma si rivelano addirittura incompatibili". Nella medesima prospettiva, infine, il fatto che le fonti riferiscano la nozione di contumacia nelle azioni arbitrarie in esplicita correlazione con la figura del dolo dovrebbe intendersi esegeticamente come il frutto di una progressiva obliterazione nei medesimi giudizi del nesso classico e indissolubile tra *iusiurandum in litem* ed ordine restitutorio pronunciato dal giudice, prodottasi a sua volta per effetto dell'assunzione postclassica del dolo processuale imputabile al *vocatus* a presupposto esclusivo della concessione del rimedio (p. 155). Nel senso della tendenziale estraneità della nozione classica di «contumacia» rispetto alla dimensione soggettiva del dolo processuale si veda anche M. PENNITZ, *Das Enteignungsfall*, cit., p. 301 e nt. 229, il quale si riferisce sul punto alla tesi di F. WUBBE, *Der Streitwert bei der Actio Serviana*, in *Fest. Kaser*, München 1976, p. 179 ss., secondo la quale la stessa estensione delle categorie del dolo e della colpa alla scelta del convenuto delle azioni reali in ordine alla restituzione della cosa risulterebbe fondamentalmente iniquificata: "Es darf hier noch einmal daran erinnert werden, dass die Kategorien dolus und culpa bei einem Beklagten, der die Herausgabe verweigert, ins Leere treffen [...]".

¹⁴⁸ Sulla verosimile alterazione delle fonti che si esprimono in tal senso (in contrapposizione alla tendenziale genuinità di quella in cui compare esclusivamente il riferimento alla contumacia) v. CHIAZZESE, *Iusiurandum*, cit., p. 158 ss. Nel senso analogo dell'assenza di una correlazione originaria tra dolo e contumacia in rapporto al *iusiurandum* si esprime anche S. SCHIPANI, *Zum iusiurandum in litem in den dinglichen Klagen*, cit., p. 169 ss., il quale evidenzia come siffatto collegamento tra le due situazioni (senz'altro comprovabile per il diritto più tardo) vada verosimilmente ricondotto alla valenza sanzionatoria del meccanismo giuratorio, il quale avrebbe progressivamente attratto nella sua sfera di applicazione anche la valutazione di elementi soggettivi inizialmente indifferenti al suo campo di applicazione: "Deshalb müsste das Verhältnis von Ursache und Wirkung umgekehrt zu sehen sein: Das *iil* würde nicht zur Strafe werden, weil die *dolus*-Fälle ihm zugeordnet werden; vielmehr müsste de *dolus*-Fälle ihm zugeordnet werden, weil es als Strafe aufgefasst wird [...]".

zazione a giurare¹⁴⁹, la quale lascia intendere (se non altro implicitamente) come - a fronte della libertà soggettiva riconosciuta al *vocatus* in ordine alla soddisfazione specifica dell'interesse avversario - l'opposta decisione (sanzionata col giuramento) di non procedere alla *restitutio* sia colpita nel processo mediante l'aumento eventuale della condanna in denaro esattamente in quanto espressione (a sua volta soggettiva) della volontà del convenuto di sopportare la condanna; ciò che poteva del resto avvenire - su iniziativa del giudice - proprio in ragione della corrispondente facoltà riconosciuta a quest'ultimo, nelle azioni arbitrarie, di valutare *ex post* e con una certa discrezione il comportamento spontaneo tenuto dal *vocatus* in ordine alla scelta se adempiere o meno. Nonostante sia innegabile che la nozione di «contumacia», per come appare formalmente ricostruibile nel processo *per formulas*, altro non indica che la circostanza (obiettiva) della mancata esecuzione della pronuncia del giudice¹⁵⁰ e non appaia quindi di per sé collegata all'intenzionale frustrazione dell'interesse avversario, è pertanto evidente che il meccanismo di determinazione della condanna alla stessa collegato sottendesse cionondimeno la necessità di reprimere una condotta volontaria, cosciente ed opportunistica posta in essere dal *vocatus* rispetto al fine naturale di reintegrazione in natura sotteso al processo, indicando non soltanto il sostrato obiettivo dell'inottemperanza formale allo *iussum* giudiziario ma anche (sia pur implicitamente) la sostanziale equivalenza tra tale inottemperanza e un atteggiamento intenzionale del *vocatus* responsabile, ossia - in ultima analisi - tra la contumacia ed il dolo¹⁵¹. Né può trascurarsi, in questa stessa prospettiva, che la edesima nozione

¹⁴⁹ *Supra*, pp. 450 ss.

¹⁵⁰ G. PROVERA, *Contributi*, cit., p. 17, il quale considera sul punto esatte e condivisibili le conclusioni a cui perviene Chiazzese sulla scorta dei suoi rilievi circa l'emersione nelle fonti della nozione in esame. Sui profili in relazione ai quali la ricostruzione dell'autore si discosta per contro da siffatta visione della contumacia processuale, si rinvia invece alla trattazione successiva ed alla nt. 150 del presente capitolo. Più in generale sull'impiego della nozione di contumacia nelle fonti giuridiche relative al processo (anche al di fuori della sua specifica connessione con lo *iussum* restitutorio) si veda inoltre, oltre alle già richiamate considerazioni di CHIAZZESE, *op. ult. cit.*, pp. 113 ss., E. VOLTERRA, *Contumacia nei testi giuridici romani*, in *BIDR*, 38 (1930), p. 121 ss. e spec. pp. 141 ss.

¹⁵¹ In questo senso si è espresso in particolare - in chiave parzialmente critica delle conclusioni del Chiazzese - G. PROVERA, *Contributi*, cit., p. 181 ss., il quale osserva a tal proposito come già all'epoca del processo classico "presupposti del *iusiurandum* in quelle azioni [arbitrarie] erano la contumacia od il dolo del convenuto, intesi come rifiuto volontario, diretto o indiretto, di ubbidire all'*iussum de restituendo* (o *de exhibendo*)". In senso analogo, M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 339 e nt. 36, il quale riconosce a sua volta - anche sulla scorta di ulteriore letteratura sul punto - l'esistenza di una certa connessione tra il dolo e la contumacia ai fini della qualificazione della condotta restitutoria o renitente tenuta dal *vocatus* all'esito del giudizio e quindi dell'ammissibilità o meno del giuramento di stima deferito all'attore. In senso critico della ricostruzione sul punto offerta dal Chiazzese v.

«obiettiva» di contumacia processuale a cui si richiamano gli autori che intendano escluderne ogni possibile connessione col presupposto del dolo, consegue in ogni caso a un provvedimento del giudice che non solo si rivolge espressamente al convenuto interessato ma contiene anche (nei termini suddetti) un espresso riferimento alle modalità e ai contenuti della prestazione a quest'ultimo richiesta onde evitare la condanna, con la conseguenza che difficilmente il *vocatus* potrebbe dirsi ignaro o indifferente rispetto alla decisione di adempiere o meno alla relativa richiesta, dovendosi anzi ritenere che scegliendo di non procedere alla reintegrazione in natura egli abbia consapevolmente «accettato il rischio» di sopportare gli effetti della condanna in denaro (eventualmente aggravati dal giuramento avversario), così che il suo comportamento non conforme rispetto alle prescrizioni del giudice non può che qualificarsi, per lo meno di regola, nei termini di una condotta scientemente renitente¹⁵².

Come si giustifica, allora, che - accanto alle fonti in cui il giuramento di stima è specificamente collegato alla contumacia del *vocatus* (e nelle quali il contestuale riferimento all'elemento del dolo deve pertanto ritenersi, come si è visto, verosimilmente tralatizio) - ve ne siano altre (la cui genuinità non appare contestabile) nelle quali il deferimento della stima giurata all'attore vittorioso appare piuttosto ricondotto al presupposto specifico - e autonomamente considerato - del dolo del convenuto? Em-

anche M. SARGENTI, *L'actio aquae pluviae arcendae*, Milano, 1948, p. 152 ss., le cui conclusioni sono tuttavia giudicate non risolutive da PROVERA, *op. ult. cit.*, p. 15, nt. 18.

¹⁵² G. PROVERA, *Contributi*, cit., p. 19, così, assimila esplicitamente la situazione del *vocatus* che non ottemperi all'invito rivoltagli dal giudice di restituire la cosa a quella del convenuto riconosciuto responsabile *post litem contestatam* di un atteggiamento doloso, concludendo su tali basi - almeno per quanto attiene alle azioni reali assimilabili allo schema della *rei vindictio* - nel senso che la contumacia processuale alla pronuncia restitutiva “[...] si risolve in un dolo *post litem contestatam* particolarmente qualificato”. Nel senso di un implicito riconoscimento della valenza «soggettiva» indiretta della contumacia processuale sembra potersi intendere la testimonianza di Giavoleno in D. 50.17.199: *Non potest dolo carere, qui imperio magistratus non paruit*. Sul punto si veda ancora CHIAZZESE, *op. ult. cit.*, p. 154. Secondo il PROVERA, *op. ult. cit.*, p. 16 sarebbe invece senza dubbio il frutto di alterazione giustiniana la contrapposizione formale indicata da certe fonti in relazione alla contumacia tra una *litis aestimatio* giurata in presenza della stessa e una *litis aestimatio* oggettiva affidata al giudice ove la condotta contumaciale non si sia verificata, posto che ciò equivarrebbe a riconoscere (inammissibilmente) che per effetto del *iusiurandum in litem* si modificavano non soltanto le modalità della stima ma anche il suo oggetto. Insistiva sarebbe in tal senso anche la contrapposizione - nelle due ipotesi - tra formulazione della condanna nell'*id quod interest actoris* e quella nel *quanti in litem iuraverit*. Ben si comprende, tra l'altro, come in tale prospettiva la contrapposizione formale, proposta dal Chiazzese, tra un “dolo rispetto al giudice” (che sarebbe il solo astrattamente riconoscibile alla base della contumacia del *vocatus*) ed un “dolo rispetto all'avversario” (che le sarebbe invece del tutto estraneo), perda in larga parte il suo significato, posto che alla luce delle suddette osservazioni la prima forma di atteggiamento doloso da parte del convenuto appare in ultima analisi risolversi nell'altra.

blematica in tal senso appare in particolare una triade di frammenti, tratti dall'opera di Paolo e da quella di Ulpiano e collocati a breve distanza gli uni dagli altri nella raccolta del Digesto, in cui si tratta precipuamente della condotta del convenuto, che sia al contempo possessore della cosa controversa, nella *rei vindicatio*:

D. 6.1.58 (Paul. 3 *Epit. Alf. Dig.*)

A quo servus petebatur et eiusdem servi nomine cum eo furti agebatur, quaerebat, si utroque iudicio condemnatus esset, quid se facere oporteret. Si prius servus ab eo evictus esset, respondit, non oportere iudicem cogere, ut eum traderet, nisi ei satisfactum esset, quod pro eo homine iudicium accepisset, si quid ob eam rem datum esset, id recte praestari. Sed si prius de furto iudicium factum esset et hominem noxae dedisset, deinde de ipso homine secundum petitem iudicium factum esset, non debere ob eam rem iudicem, quod hominem non traderet, litem aestimare, quoniam nihil eius culpa neque dolo contigisset, quo minus hominem traderet.

D. 6.1.68 (Ulp. 51 *ad Ed.*)

[...] *Si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere nec dolo fecit quo minus possit, non pluris quam quanti res est, id est quanti adversarii interfuit, condemnandus est.* [...]

D. 6.1.71 (Paul 13 *ad Sab.*)

Quod si possessor quidem dolo fecit, actor vero iurare non vult, sed quanti res sit adversarium condemnari maluit, mos ei gerendus est.

La situazione rappresentata (sia pur con ampiezza ed in contesti differenti) all'interno dei frammenti in questo modo avvicinati è essenzialmente la stessa: il convenuto nel giudizio di rivendica non rifiuta apertamente di restituire la cosa di cui egli è in possesso e che forma l'oggetto della pretesa avversaria, ma si pone dolosamente in una posizione tale da non poterla restituire nel corso del processo (*dolo contigisset, quo minus hominem traderet; quidem dolo fecit quod minus possit*); ciò che esclude in radice - dal punto di vista del *vocatus* - una situazione di contumacia nel senso tecnico-

processuale che si è sopra ricostruito, non essendovi alcuna formale inottemperanza rispetto a un invito del giudice ad eseguire la *restitutio*, ma unicamente una condotta consapevole e specificamente preordinata allo scopo di ostacolare quest'ultima¹⁵³. Nondimeno, i medesimi frammenti che si esprimono in tal senso ricollegano apertamente la condotta del convenuto che abbia agito con dolo nei modi descritti alla stima della lite effettuata dall'attore (*quantum adversarius in litem [...] iuraverit*¹⁵⁴), lasciando in tal senso intendere come - anche in questi casi - al giudice fosse in concreto consentito di deferire il giuramento nonostante la formale assenza, in capo al convenuto, di una condotta contumaciale nel senso proprio del termine, riconducendo di conseguenza la concessione del rimedio all'unico requisito del dolo del *vocatus*. Tale estensione dei presupposti del *iusiurandum in litem* all'ipotesi di mancata restituzione da parte del convenuto (non contumace) che abbia tuttavia agito nel processo con atteggiamento doloso va letta, in questo senso, in stretta correlazione con la distinta problematica dell'effettivo possesso della *res* controversa quale presupposto della legittimazione passiva all'azione di rivendica e di altri giudizi rivolti ad ottenere la restituzione di una cosa. È noto come, in base ad un principio generalmente riconosciuto per l'intera vicenda storica del processo formulare, la legittimazione passiva dell'azione di rivendica fosse circoscritta al soggetto che risultasse (in senso lato) possessore della cosa tanto al momento della *litis contestatio* quanto in quello successivo dell'eventuale condanna, con la conseguenza che laddove tale presupposto venisse meno nel corso del processo veniva tendenzialmente meno al tempo stesso anche il presupposto della sentenza di merito nei confronti del convenuto, così che

¹⁵³ Nel medesimo senso potrebbe richiamarsi (seppur riferita - in modo più specifico - all'*hereditatis petitio*) anche la testimonianza di Nerazio in D. 5.3.57: *Cum idem eandem hereditatem adversus duos defendit et secundum alterum ex his iudicatum est, quaeri solet, utrum perinde ei hereditatem restitui oporteat, atque oporteret, si adversus alium defensa non esset: ut scilicet si mox et secundum alium fuerit iudicatum, absolvatur is cum quo actum est, quia neque possideat neque dolo malo fecerit, quo minus possideret quod iudicio revictus restituerit: an quia possit et secundum alium iudicari, non aliter restituere debeat quam si cautum ei fuerit, quod adversus alium eandem hereditatem defendit. Sed melius est officio iudicis cautione vel satisfactione victo mederi, cum et res salva sit ei, qui in executione tardior venit adversus priorem victorem*, la quale accosta a sua volta la posizione del convenuto che non restituisca la cosa nel corso del giudizio a quella di colui che abbia agito *dolo malo* per non esservi costretto. Sul punto S. SCHIPANI, *Zum iusiurandum in litem in den ding. Klagen*, cit., p.175.

¹⁵⁴ Ad analoghe conclusioni può pervenirsi - *a contrario* - anche sulla scorta della già richiamata testimonianza di Nerazio sull'*hereditatis petitio* di cui in D. 5.3.57, laddove si evidenzia che in mancanza di una condotta dolosa da parte del *vocatus* rispetto alla *restitutio* (in quanto la cosa controversa è già stata restituita in un precedente giudizio), al giudice non rimane altra scelta se non quella di assolvere; potendosi per converso ritenere che le medesime condotte - se effettivamente poste in essere dal *vocatus* con atteggiamento doloso - avrebbero potuto condurre alla condanna dello stesso con *i.i.l.*

l'attore sarebbe stato costretto a ricorrere per la propria tutela a strumenti differenti¹⁵⁵. Di fronte ai manifesti inconvenienti inevitabilmente derivanti da siffatta impostazione, non sono mancati tuttavia i tentativi dell'*interpretatio prudentium* di attenuarne almeno in parte le conseguenze dannose a carico del vocante, tra cui deve collocarsi in modo particolare la dottrina (verosimilmente attribuibile alla scuola sabinaiana e in seguito recepita come regola generale¹⁵⁶) per cui in caso di perdita volontaria del possesso da parte del convenuto nella fase *apud iudicem*, egli avrebbe dovuto cionondimeno sopportare la condanna come se fosse rimasto a tutti gli effetti possessore della cosa (conseguenza che si definisce comunemente - con terminologia di matrice medievale - *dolus pro possessione* o più semplicemente *ficta possessio*)¹⁵⁷. Una volta riconosciuto che l'abbandono fraudolento del possesso della cosa non precludeva la legittimazione passiva del soggetto che se ne fosse dolosamente spogliato onde evitare la condanna, il passo nel senso dell'estensione dello stesso meccanismo anche nello specifico contesto delle formule arbitrarie era pertanto breve e relativamente aproblematico: come l'abbandono della *res* controversa nel corso del giudizio non impediva la prosecuzione dello stesso nei confronti del convenuto responsabile della condotta dolosa, infatti, poteva ammettersi altrettanto agevolmente che la medesima condotta giustificasse l'applicazione al *vocatus* responsabile della sanzione processuale normalmente prevista per la mancata restituzione in natura, la quale costituiva del resto (come si è detto) parte integrante dell'eventuale condanna nei suoi confronti pronunciata. Dal punto di vista funzionale degli effetti della condotta sul divenire del processo, del resto, poco rileva se la reintegrazione in natura (per quanto

¹⁵⁵ In generale, sul punto, v. M. MARRONE, voce "Rivendicazione (dir. romano)", p. 17 ss. Nel caso di perdita del possesso antecedente alla contestazione della lite, l'attore conseguentemente impossibilitato ad esercitare la rivendica nei confronti dell'avversario avrebbe potuto ricorrere - almeno in epoca classica - agli strumenti alternativi volti a colpire l'*indefensio* della sua controparte, la quale avrebbe quindi potuto essere nuovamente convenuta mediante l'*actio ad exhibendum* (volta ad assicurare la presenza della cosa in giudizio) o essere destinataria dell'interdetto *quem fundum* concesso dal pretore.

¹⁵⁶ V. ancora M. MARRONE, *op. ult. cit.*, p. 20 ss.

¹⁵⁷ Si vedano ad es. D. 6.1.22 (Ulp. 16 *ad Ed.*): *Quod si dolo possessoris fugerit, damnandum eum, quasi possideret* e D. 50.17.131 (Paul. 22. *Ad Ed.*): *Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est*. Più dibattuta (quanto meno nella dottrina più recente) risulta invece l'estensione del medesimo correttivo anche alla dolosa cessazione del possesso anteriore alla *litis contestatio*, rispetto alla quale le isolate testimonianze delle fonti sembrano in effetti costituire il risultato di una generalizzazione giustinianea della regola affermata quanto alla fase *apud iudicem*. Dell'estesa letteratura in materia di *ficta possessio* o *dolus pro possessione* e sulla fattispecie processuale del *dolo desinere possidere* ci si limita a richiamare M. KASER, *Nochmals über Besitz und Verschulden bei den 'actiones in rem'*, in ZSS, 98 (1981), e l'ulteriore letteratura in quella sede diffusamente riportata. Tra i contributi più recenti sul punto si veda in particolare Y. GONZALEZ ROLDAN, *Dolo desinere possidere tra editto del pretore e scienza giuridica*, Bari, 2010.

astrattamente possibile) venga rifiutata dal convenuto renitente disattendendo apertamente a un'indicazione del giudice o risulti piuttosto impossibile sin dal principio in quanto il *vocatus* abbia coscientemente abbandonato il possesso della cosa onde sottrarla alla pretesa fatta valere dall'avversario. In entrambi i casi, infatti, il risultato sostanziale della condotta del convenuto rispetto all'onere restitutorio riconosciutogli nel giudizio è quello di impedire l'effettiva soddisfazione dell'interesse azionato e di frustrare in tal modo la compiuta attuazione dello scopo materiale al quale tende il processo (vale a dire - in ultima analisi - il ripristino della situazione antecedente all'illecito contestato), rendendosi conseguentemente opportuna e giustificata l'applicazione nei suoi confronti del rimedio sanzionatorio per la mancata restituzione della cosa rappresentato dall'affidamento della *aestimatio* direttamente all'avversario; a prescindere dal fatto che, nel caso dell'impossibilità sopravvenuta di restituire la cosa, lo stesso convenuto non risulti più immediatamente intitolato alla reintegrazione in natura in quanto si è volontariamente spogliato del possesso della *res* controversa. In questo senso, al dolo del *vocatus* nel rendere impossibile la restituzione della cosa non si attribuiva quindi unicamente una generica valenza soggettiva (tale da giustificare una corrispondente estensione allo stesso della legittimazione passiva a subire la condanna), ma anche una più specifica connotazione inottemperante e manifestamente fraudolenta analoga a quella che si è visto caratterizzare dal punto di vista sostanziale la contumacia del *vocatus* rispetto all'ordine del giudice di restituire la cosa¹⁵⁸; cosicché il dolo inteso in senso ampio come volontario impedimento della restituzione in natura (pur avendo un contenuto formalmente differente dalla contumacia tecnicamente intesa) ha finito con l'essere riconosciuto - accanto alla stessa - come un ulteriore ed autonomo presupposto ai fini dell'eventuale concessione del giuramento

¹⁵⁸ Non stupisce pertanto che la nozione di *contumacia* in questo senso utilizzata dalle fonti nel quadro dei presupposti del *iusiurandum in litem* si sia poi adattata - in epoca postclassica e nel diritto giustiniano - ad indicare la posizione della parte processuale convenuta nel giudizio che rifiuti fin dal principio di comparire in tribunale, posto che anche in questo caso, come in quello del convenuto che rifiuti dolosamente di uniformarsi all'invito del giudice di restituire in natura, si combinano al contempo l'inottemperanza di un'indicazione autoritativa proveniente dal soggetto titolare del giudizio (nel caso della contumacia postclassica l'invito del magistrato a comparire in giudizio, divenuto nel frattempo fondamentale strumento di introduzione della lite) e la specifica volontà della parte interessata di impedire con la propria condotta che il giudizio stesso realizzi i suoi scopi (ciò che nel caso della contumacia rispetto alla *vocatio* si risolve in un radicale impedimento della sua instaurazione). Sulla nozione postclassica di contumacia e il suo collegamento con l'avvenuta trasformazione delle modalità introduttive del giudizio di cui al Cap. II del presente lavoro v. M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht.*, cit. p. 477 ss. e 568 ss.

di stima all'esito del giudizio. Ciò che equivale a ben vedere a riconoscere che il meccanismo sanzionatorio collegato al giuramento medesimo nei giudizi muniti di clausola arbitraria ha progressivamente attirato nella sfera di questi ultimi anche condotte evidentemente dolose ma diverse da quelle connesse all'eventuale inottemperanza dello *iussum restituendi*, come è appunto avvenuto attraverso l'estensione degli effetti repressivi del *iusiurandum in litem* anche alle ipotesi di cessione volontaria del possesso della cosa oggetto del giudizio ad opera del convenuto desideroso di evitare la reintegrazione in natura e di assoggettarsi piuttosto alla *condemnatio* in denaro¹⁵⁹.

3. Il campo di applicazione del giuramento di stima in età formulare

Rimane a questo punto da esaminare - a completamento dell'indagine precedentemente condotta - quale fosse l'obiettivo estensione del meccanismo sanzionatorio del *iusiurandum in litem* rispetto alla sfera dei giudizi astrattamente azionabili nella procedura *per formulas*, vale a dire in quante e quali situazioni processuali l'istituto in esame potesse trovare applicazione e determinare di conseguenza - a carico del *vocatus* - le implicazioni e gli effetti che si sono descritti. Da tale ricostruzione del campo di applicazione della stima giurata nel processo *per formulas* dipende del resto non solo l'individuazione dell'effettiva portata delle osservazioni generali finora effettuate circa la struttura e il funzionamento del relativo meccanismo, ma anche (e soprattutto) la compiuta individuazione della funzione processuale da esso perseguita nei giudizi interessati, la quale risulta ovviamente condizionata - tra le altre cose - proprio dai limiti obiettivi entro i quali esso opera all'interno del processo. A tal riguardo, come del resto per numerosi altri aspetti della disciplina formulare del *iusiurandum in litem* dei quali si è già detto (primo fra tutti il problema dei suoi rapporti con i poteri del giudice), difetta tutt'ora nella dottrina romanistica un'uniformità di vedute sufficientemente consolidata. Secondo la tesi tralatizia a lungo riprodotta

¹⁵⁹ Nel senso dell'intima correlazione tra la finalità restitutoria della clausola arbitraria e il meccanismo sanzionatorio del *iusiurandum in litem*, quali aspetti complementari della medesima esigenza di parziale temperamento degli effetti negativi potenzialmente connessi al generale principio della *condemnatio* pecuniaria, si veda anche C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, Soveria, 10, 2002, p. 123, nonché, in senso analogo, C. CHIAZZESE, *Jusiurandum*, cit., p. 11 ss. Sul ruolo della natura sanzionatoria del giuramento di stima nel determinare la progressiva attrazione di condotte in senso lato dolose nella sfera di applicazione dei giudizi arbitrari v. S. SCHIPANI, *Zum iusiurandum*, cit., p. 174.

dalla dottrina più risalente, che si fonda in larga parte sulla notevole frequenza e varietà di circostanze con la quale l'istituto effettivamente compare nella raccolta giustiniana, il giuramento di stima avrebbe trovato applicazione in una serie di giudizi tanto ampia per vastità ed estensione quanto varia ed eterogenea per la natura e i contenuti delle azioni interessate¹⁶⁰; al punto che la scelta in ordine al deferimento dello stesso all'interno del processo sarebbe spettata - in ultima analisi - esclusivamente al giudicante, il quale avrebbe potuto impiegarlo (a seconda dei casi) tanto come una sanzione per il convenuto indisponibile ad adempiere in natura, quanto come semplice strumento di natura probatoria volto a determinare il valore della lite non altrimenti stimabile d'ufficio¹⁶¹. Le ambiziose ricerche dedicate dal Chiazzese al regime dell'istituto nella procedura *per formulas* hanno tuttavia evidenziato - in termini decisivi - l'incompiutezza e le incongruenze dell'opinione tradizionale, mettendo in luce da un lato la frequente alterazione dei frammenti richiamati dalla dottrina precedente a sostegno della generica relazione tra giuramento e *restitutio*, e dimostrando dall'altro come il presupposto della generale ammissibilità del giuramento di stima in

¹⁶⁰ All'interno dei Digesta, il ricorso al *iusiurandum in litem* deferito dal giudice all'attore vittorioso appare infatti richiamato - sia pure in forme e con accezioni differenti - pressoché in relazione ad ogni tipo di giudizio; dalle *actiones in rem* tradizionalmente identificate con il campo di applicazione delle formule arbitrarie (tra cui il caso paradigmatico della *rei vindictio* - D. 12.3.5.pr.), ai giudizi (civili e penali) diretti all'esecuzione di una prestazione personale (D. 2.7.5.1), fino alle azioni munite della clausola *ex fide bona* che consente al giudice di valutare liberamente la restituzione della cosa *post litem contestatam* (D. 16.3.24). Con la conseguenza che, salvo l'implicito riferimento ad un generico contenuto «restitutorio» delle azioni interessate, parrebbe non esistere una singola tipologia di rapporto processuale a cui la prestazione del giuramento di stima possa dirsi indifferente (eloquente appariva in tal senso, in modo particolare, l'esplicita testimonianza di D. 6.1.68, laddove si afferma in termini generali che la facoltà di deferire il giuramento discende semplicemente dal presupposto obiettivo della mancata restituzione da parte del *vocatus*, a prescindere dal tipo e dalla natura del giudizio in cui ciò sia avvenuto: “[...] *Si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere nec dolo fecit quo minus possit, non pluris quam quanti res est, id est quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Haec sententia generalis est et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur, locum habet*”). Sul punto può rinviarsi - più in generale - alle incisive osservazioni di L. CHIAZZESE, *Jusiurandum*, cit., pp. 1-4.

¹⁶¹ Per una sintesi dei tratti caratterizzanti l'orientamento della dottrina più risalente in merito al campo di applicazione del giuramento di stima si veda in particolare G. PROVERA, *Contributi*, cit., p. 6-7, il quale osserva in via generale come, riconoscendo all'istituto una simile ampiezza e varietà di applicazione, l'opinione tradizionale finisse in ultima analisi per rinunciare ad una compiuta identificazione dell'unità dello stesso sotto il profilo funzionale, riconoscendo di fatto come ad esso potesse ricorrersi “ogni qualvolta apparisse necessario”. Nella medesima ottica generalista e indifferenziata si spiegherebbe inoltre, secondo l'autore, la menzionata distinzione tra un *iusiurandum in litem* “di equità” ed uno “di necessità”, basata unicamente dal fatto che la stima giurata si collegasse in effetti alla mancata restituzione di una cosa o fosse disposta dal giudice per la semplice impossibilità di valutare la stessa. L'idea di una immediata correlazione del giuramento di stima con la generalità dei giudizi tendenti a una *restitutio* o comunque a una prestazione *lato sensu* reintegrativa della posizione dell'attore può ancora intuirsi alla radice della dottrina del Levy sui giudizi arbitrari (E.LEVY, *Zur Lehre*, cit, *passim*).

qualsivoglia azione rivolta a questo fine si scontri a ben vedere - sotto diversi profili - con la stessa testimonianza di numerose altre fonti contenute nel Digesto, le quali testimoniano non solo la potenziale operatività di questa specie di giuramento anche al di fuori della cerchia dei giudizi aventi funzione propriamente restitutoria, ma anche (e per converso) l'estraneità dello stesso ad una serie di azioni, indubbiamente tendenti a una restituzione in natura, che non contemplano tuttavia la sua concreta applicazione¹⁶². Secondo l'autore, di conseguenza, pur dovendosi effettivamente riconoscere un intrinseco collegamento tra il *iusiurandum in litem* e il carattere restitutorio del giudizio azionato, la base giuridica per l'applicazione dell'istituto all'interno del processo non dovrebbe ricondursi a una generica nozione di *restitutio* quale indeterminata tendenza alla reintegrazione in natura, bensì unicamente ed in modo più specifico a quella forma «qualificata» di *restitutio* processuale che compare esclusivamente nel contesto dei giudizi caratterizzati da una formula con clausola arbitraria, identificandosi in ultima analisi con la restituzione in natura autorizzata dal giudice in ragione di questa clausola ed eventualmente effettuata dal convenuto soccombente su indicazione dello stesso¹⁶³. Tra il deferimento giudiziale del *iusiurandum in litem* e questo genere di azioni sussisterebbe in altri termini un'immediata ed inscindibile correlazione biunivoca, configurandosi il primo alla stregua di una conseguenza diretta e tecnicamente necessaria dell'eventuale inottemperanza - da parte del *vocatus* - dello *iussum restituendi* rivoltagli dal giudice nel corso del processo; ragion per cui, a giudizio del Chiazzese, il presupposto imprescindibile per l'affidamento all'attore della stima della lite (rappresentato appunto dalla *contumacia* dell'avversario di fronte all'ordine del giudice) potrebbe darsi in concreto - quanto meno per il periodo classico - unicamente nei giudizi formalmente dotati di una clausola restitutoria che

¹⁶² L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit., pp. 1-10 e spec. p. 5. Per una sintesi delle articolate critiche mosse dal Chiazzese alla dottrina tradizionale e all'interpretazione delle fonti alle medesime sottesa si vedano ad es. le recensioni a cura di L. AMIRANTE (in *Labeo* 6 (1960), p. 230 ss.), G. PROVERA (in *SDHI* 24 (1958), p. 309 ss.) e G. BROGGINI (in *ZSS* 76 (1959), p. 594 ss.). Sui rapporti tra la dottrina di Chiazzese e la letteratura precedente v. anche G. PROVERA, *Contributi*, cit., p. 10 ss.

¹⁶³ L. CHIAZZESE, *op. ult. cit.*, p. 11: "Eppure, proprio il legame che stringe *iusiurandum in litem* e *restitutio*, ove sia rettamente inteso e determinato, serve ottimamente da fermo caposaldo per lumeggiare, rispetto al sistema classico, la funzione del nostro istituto non meno che la sua intima struttura. [...] Ciò che importa è assumere a termine del rapporto non già, come più o meno si è fatto sinora, quel generico restituere che può costituire oggetto di quasi ogni sorta di giudizi, sì bene il ristretto e determinato restituere che ricorre in una ristretta e determinata categoria di giudizi: in quelli appunto nei quali la *restitutio* spiega una funzione essenziale, per essere espressamente configurata nella formola come condizione negativa della condanna [...]".

autorizzi il giudice a disporre espressamente la *restitutio* in natura, dovendo per contro rimanere esclusa, a dispetto delle fonti (a questo punto interpolate) che testimoniano l'opposto, ogniqualvolta la pretesa azionata all'interno del processo non dia luogo ad un giudizio arbitrario nel senso tecnico del termine che si è sopra richiamato¹⁶⁴. Coerentemente con siffatta intuizione circa il rapporto esistente tra il giuramento di stima e il meccanismo formale della clausola arbitraria, il medesimo autore ha quindi dedicato i successivi capitoli della sua monografia (rimasta purtroppo incompleta e pubblicata postuma a cura dell'allievo Bernardo Albanese) alla compiuta definizione delle forme e dei contenuti dei giudizi arbitrari e alla ricostruzione la loro effettiva estensione nel contesto generale del processo *per formulas*, ricercando in particolare le tracce dell'inserimento nella formula dell'*arbitratus restituendi* con lo scopo di individuare indirettamente - in forza del rigoroso parallelismo sopra menzionato - anche il campo di applicazione del giuramento di stima all'interno dei medesimi giudizi. Al riguardo, dopo aver riconosciuto l'indubitabile presenza della clausola in esame (e quindi del *iusiurandum*) nell'azione di rivendica e negli altri giudizi (civili e pretori) con formula *in rem*, il Chiazzese ammette così l'operatività della stessa anche nelle azioni a contenuto personale ma indirettamente strumentali alle *actiones in rem* (quali l'*actio ad exhibendum* e gli interdetti restitutori con funzione equivalente), rispetto alle quali l'introduzione del meccanismo formulare dell'arbitrato restitutorio si giustificerebbe in sostanza per l'analogia dello scopo concretamente perseguito con la funzione originaria della medesima clausola nelle azioni reali¹⁶⁵. La struttura restitutoria della clausola arbitraria potrebbe inoltre riconoscersi - perlomeno in alcune circostanze - anche nel quadro di certi giudizi di carattere penale ma nondimeno compatibili col prevalente interesse alla restituzione in natura che si colloca alla base dell'arbitrato del giudice, le quali dovrebbero di conseguenza individuarsi caso per caso sulla base dell'effettivo contenuto dello schema formulare ad esse corrisponden-

¹⁶⁴ *Supra* § 2.1, pp. 405 ss.

¹⁶⁵ L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit., p. 14 ss., il quale contesta sul punto la più risalente (ed ormai superata) opinione del Lenel secondo la quale la clausola in oggetto non avrebbe trovato posto nelle formule civili delle azioni reali con *intentio* di stretto diritto. In senso critico di quest'ultima ricostruzione v. anche G. SEGRÈ, *La clausola restitutoria nelle azioni 'de servitutibus' e le formule delle azioni relative alla servitu 'oneris ferendi'*, in *BIDR*, 41 (1932), pp. 17 ss. Più in generale sull'ormai innegabile collegamento (per lo meno originario) tra clausola restitutoria ed azioni reali v. anche M. DE BERNARDI, *L'officium iudicis*, cit., p. 77 ss. e S. VIARO, *Azioni penali*, cit., p. 644.

te¹⁶⁶. Sia pur con maggiori incertezze e rinviando ad un'apposita appendice (non presente nell'opera) per la loro elencazione, l'autore ammette infine il carattere arbitrario di una serie di giudizi non meglio identificati ma variamente ricondotti all'uno o all'altro dei due gruppi precedenti, lasciando in questo modo intendere come il meccanismo restitutorio della clausola arbitraria (per quanto formalmente collegato al nucleo originario dei giudizi suddetti) possa in astratto essere stato esteso in un momento successivo anche ad azioni parzialmente differenti e tra di loro eterogenee; salvo poi precisare - ricollegandosi con ciò al punto di partenza della sua indagine in materia - come il paradigma dogmatico del medesimo istituto debba cionondimeno individuarsi nei giudizi reali modellati sullo schema della *rei vindicatio*, in quanto caratterizzati sin dal principio dallo schema restitutorio della clausola arbitraria e così dalla facoltà per il giudice di deferire all'attore il giuramento di stima¹⁶⁷.

Se non vi è dubbio che alle ricerche del Chiazzese debba riconoscersi il merito di aver messo in evidenza l'eccessiva indeterminatezza della dottrina tradizionale e di aver quindi rifondato la teoria del *iusiurandum* sul più specifico presupposto del rapporto tra lo stesso e la natura restitutoria dei giudizi interessati, non può tuttavia trascurarsi come esse risultino in larga parte condizionate dalla specifica ricostruzione della natura e dei contenuti dei giudizi arbitrari accolta da quell'autore e in particolar modo dalla circoscritta nozione di contumacia del convenuto su cui essa si fonda. Considerato che nell'ottica di siffatta ricostruzione, come osservato in precedenza¹⁶⁸, lo *iussum restituendi* pronunciato dal giudice risulta concepito alla stregua di un autentico ordine rivolto al convenuto affinché restituisca nel corso del giudizio, è infatti

¹⁶⁶ Così, CHIAZZESE, *op. cit.*, p. 15-16. In senso radicalmente contrario all'ammissibilità del meccanismo restitutorio nelle azioni penali si è espresso invece B. BIONDI, *Studi*, cit., p. 35 s. Sul punto si tornerà in ogni caso nei prossimi paragrafi trattando delle possibili estensioni della nozione di *restitutio*.

¹⁶⁷ L. CHIAZZESE, *Jusiurandum*, cit., pp. 16-17: "Comunque, deve apparire ovvio che la sede più propria e originaria della clausola restitutoria è da scorgere nelle azioni civili in rem, dalle quali solo in seguito essa fu via via trasportata ed adattata nelle formole delle altre azioni or ora accennate; ed è ovvio ugualmente che le azioni civili in rem si riducono tutte al fondamentale paradigma della rei vindicatio: ond'è che per cogliere la originaria essenza e struttura della clausola restitutoria giova soprattutto studiarla appunto nella rei vindicatio". Rispetto all'impostazione di fondo in tal modo individuata (e basata sul perfetto parallelismo tra meccanismo restitutorio e *iusiurandum in litem*), ogni successiva estensione dell'istituto in esame al di fuori del novero dei giudizi arbitrari avrebbe quindi rappresentato, secondo l'autore, una parziale alterazione della logica originaria alla base del giuramento nell'impostazione caratteristica del processo formulare, fino a pervenire - nel diritto giustiniano - alla definitiva compromissione dello schema tradizionale così delineato attraverso il superamento dell'elemento formale della contumacia del *vocatus* quale presupposto essenziale della stima giurata (*Ibidem*, p. 12).

¹⁶⁸ *Supra* § 2.2 e ss.

inevitabile che il problema della ricostruzione dei presupposti concreti del giuramento di stima (e così del suo ambito di applicazione nella procedura *per formulas*) si risolva essenzialmente nella questione di definire le differenti ipotesi in cui possa dirsi verificata la contumacia del *vocatus* rispetto all'ordine del giudice, passando invece in secondo piano la più ampia problematica della portata oggettiva e dell'evoluzione storica dei giudizi in cui siffatte condizioni possono in concreto verificarsi; tant'è vero che, nell'economia complessiva della monografia del Chiazzese, la ricerca della obiettiva estensione del giuramento di stima rispetto ai giudizi "con struttura restitutoria" (pur indicata in apertura come uno degli obiettivi della ricerca intrapresa) assume a ben vedere uno spazio e un'estensione relativamente circoscritti, concentrando l'attenzione della più gran parte del lavoro sulla definizione dei contenuti della contumacia formulare intesa come requisito imprescindibile del ricorso all'istituto¹⁶⁹. Nella parte precedente del presente capitolo si è tuttavia evidenziato come la contumacia del convenuto di fronte allo *iussum* restitutorio formulato dal giudice, oltre a presentare un contenuto più ampio rispetto al semplice rifiuto di ottemperare a tale invito (assumendo almeno in parte anche una valenza soggettiva), non rappresenti a ben vedere il solo presupposto del ricorso al giuramento per l'*aestimatio* della lite, ben potendosi ritenere ammissibile la sua applicazione anche a fronte di una condotta dolosa posta in essere dal *vocatus* a prescindere da un formale inadempimento dello *iussum* restitutorio (come si è visto poter avvenire, in modo particolare, nel caso dello spoglio volontario del possesso della *res* onde evitare la *restitutio*)¹⁷⁰. Ben si comprende, pertanto, come la ricostruzione della portata operativa del giuramento di stima nel processo *per formulas* non possa limitarsi alla obiettiva identificazione delle

¹⁶⁹ È quando sembra in effetti avvenire - nell'opera del Chiazzese - a partire dal momento in cui egli riconosce la naturale correlazione tra giuramento di stima e clausola arbitraria (pp. 17 ss.), preso atto della quale l'autore cessa in sostanza di occuparsi dell'obiettiva funzione del giuramento medesimo per indagare con ineguagliato approfondimento il contenuto dei poteri del giudice formalmente derivanti dalla clausola arbitraria e il conseguente significato della contumacia posta in essere dal *vocatus* rispetto allo *iussum* restitutorio pronunciato dal primo, senza peraltro riconnettere agli esiti specifici di tale ricostruzione un inquadramento definitivo dell'ambito di applicazione dell'istituto in esame in età formulare (ancorché non possa escludersi che a un tale risultato l'autore sarebbe pervenuto nella parte dell'opera rimasta incompiuta). Di siffatto condizionamento originario della dottrina del Chiazzese e della conseguente riduzione del campo dell'indagine al problema della coincidenza tra giudizi con *iusiurandum* e giudizi arbitrari si mostra in particolar modo consapevole G. PROVERA, *Contributi*, cit., pp. 12 ss., laddove egli riconosce che il Chiazzese (al pari degli autori precedenti) ha sostanzialmente considerato risolta - in senso affermativo - la questione dell'esistenza alla base dell'operatività del giuramento per il diritto classico di un unico criterio tassativo e rigidamente predeterminato.

¹⁷⁰ *Supra* § 2.4.2, pp. 464 ss.

ipotesi in cui risulti astrattamente possibile una violazione formale dell'invito restitutorio, dovendosi al tempo stesso tener conto - quanto meno in ipotesi - anche dell'eventualità che il campo di applicazione dell'istituto in esame (e le sue eventuali estensioni successive) siano state condizionate - più o meno intensamente - anche da sviluppi collegati piuttosto alla dimensione soggettiva del dolo processuale così individuata (o nei quali l'elemento tecnico della presenza nella formula di una clausola arbitraria non risulti comunque altrettanto determinante). Ciò che impone naturalmente di ripercorrere in sintesi la verosimile vicenda evolutiva dei giudizi connotati dal *iusiurandum in litem* avendo specifico riguardo anche a questa prospettiva.

Ora, nessuno dubita che il nucleo originario (e più caratteristico) delle azioni arbitrarie - ed al contempo il primogenito settore di applicazione del giuramento di stima nel processo privato - debba essere individuato, storicamente e concettualmente, nelle formule *in rem* del diritto civile¹⁷¹. A tale correlazione «genetica» tra il giuramento estimatorio e le azioni reali si ricollegano del resto tanto la struttura con cui opera l'istituto all'interno del processo (caratterizzata come si è visto dalla facoltà riconosciuta al *vocatus* di restituire la cosa oggetto del giudizio) quanto la funzione specifica dallo stesso dispiegata nell'economia della lite (vale a dire la realizzazione di un incentivo indiretto a restituire la cosa nei confronti del convenuto interessato a conservarla); senza contare che il maggior numero di testi in cui il giuramento estimatorio è espressamente richiamato quale possibile strumento di valutazione della lite si riferiscono indubbiamente ed in modo specifico a questo genere di azioni¹⁷². Nel quadro dei giudizi aventi ad oggetto una pretesa *in rem*, un ruolo fondamentale nella

¹⁷¹ Tale affermazione, a differenza di numerosi altri aspetti relativi alla disciplina del *iusiurandum in litem* nel processo formulare, costituisce un punto fermo della letteratura in materia, la quale - al di là delle isolate posizioni contrarie sopra menzionate (fra cui spicca quella del Betti inizialmente fatta propria anche da Lenel) - non ha mai dubitato dell'esistenza di un rapporto genetico di questa specie di giuramento con i giudizi civili a contenuto reale. Tra le molteplici attestazioni in tal senso si vedano ad es. L. WENGER, *Istituzioni*, cit., p. 142, G. BROGGINI, *Sulle origini*, cit., p. 121, G. PUGLIESE, *Processo civile*, cit., p. 190, M. KASER, *Restituere al Prozessgegenstand*, cit., p. 8 ss., G. PROVERA, *Contributi*, cit., p. 13 ss. e S. VIARO, *Azioni penali munite di clausola restitutoria*, cit., p. 644, nonché l'esplicita constatazione (poco sopra richiamata) in L. CHIAZZESE, *Jusiurandum*, cit., p. 17.

¹⁷² G. PROVERA, *Contributi*, cit., p. 14, secondo il quale un sintomo formale di tale collegamento tra il meccanismo sanzionatorio della stima giurata e la dimensione processuale delle *actiones in rem* potrebbe inoltre riconoscersi nella stessa denominazione dell'istituto in esame come *iusiurandum «in litem»* (in contrapposizione alle diverse figure di *iusiurandum «in iure»* variamente applicabili dinanzi al pretore), posto che il significato originario del termine *lis* nel quadro del processo equivarrebbe esattamente a un riferimento formale alla *res* controversa devoluta nel giudizio (*Ibidem*, p. 78, nt. 18; in senso analogo si era già espresso - in precedenza - C. BERTOLINI, *Il giuramento*, cit., p. 207, nt. 1).

genesì dell'istituto e nella concreta definizione dei suoi contenuti è stato poi senza dubbio rivestito dalla *rei vindicatio*, la quale deve aver rappresentato non soltanto il punto di partenza per l'evoluzione successiva del rimedio, ma anche il paradigma essenziale per l'applicazione dello stesso all'interno di giudizi di diversa natura, posto che è in questo giudizio che dev'essersi manifestata in origine (e nel modo più immediato) l'esigenza di assicurare all'attore l'esatta soddisfazione dell'interesse azionato attraverso la restituzione della medesima cosa che forma oggetto del giudizio¹⁷³. Una volta riconosciuta la facoltà di deferire il giuramento di stima nella procedura di rivendica di una cosa determinata, l'estensione del medesimo anche agli altri giudizi a contenuto reale dev'essere poi apparsa del tutto naturale, se non altro alla luce del fatto che simili azioni condividono con la rivendica la medesima impostazione dogmatica e strutturale e perseguono a propria volta - sia pur in misura differente - la reintegrazione dell'attore nel godimento di una pretesa di carattere assoluto in relazione ad una cosa, sia essa l'esclusione di ogni altro soggetto dal godimento di quest'ultima ovvero un interesse qualificato all'utilizzo individuale della cosa medesima. Con l'ulteriore conseguenza che, per effetto del mancato adempimento spontaneo da parte del convenuto in siffatti giudizi, si determinava una sostanziale frustrazione dello scopo del processo non dissimile da quella conseguente alla mancata restituzione della *res* controversa nell'azione di rivendica, giustificandosi pertanto senza eccessive difficoltà il trasferimento del meccanismo sanzionatorio del giuramento di stima operante in quest'ultima anche ai diversi contesti in tal modo individuati.

Una prima estensione nel senso di cui trattasi ha verosimilmente riguardato l'applicazione dell'*aestimatio* della lite da parte dell'attore anche nel contesto dell'*hereditatis petitio*, sia per l'evidente analogia formale tra la formula di quest'ultima e l'azione di rivendica (rispetto alla quale muta solamente il contenuto della pretesa: l'intero asse ereditario anziché una cosa determinata di proprietà dell'attore), sia in quanto le fonti testimoniano espressamente l'ammissibilità del giuramento di stima nei giudizi in-

¹⁷³ Sulle ulteriori tracce della priorità storica di tale azione all'interno del novero dei giudizi arbitrari alla luce del particolare regime della restituzione dei frutti eventualmente maturati nel corso del processo dal convenuto possessore v. M. KASER, *Restituere als Prozessgegenstand*, cit., p. 8 ss. Per le fonti in proposito si vedano, in particolare, D. 6.1.46, D. 13.3.2 e D. 12.3.5.pr.

staurati con il corrispondente schema formulare¹⁷⁴. In parallelo (o in un momento non di molto successivo), deve inoltre essersi assistito ad un'analogia estensione del campo di applicazione del giuramento di stima alle *actiones in rem* rivolte alla tutela nei confronti di terzi di diritti reali diversi dal *dominium*, la cui affinità con lo schema fondamentale della *rei vindicatio* si basa evidentemente sull'immediata connessione della tutela processuale fatta valere dall'attore con l'interesse di quest'ultimo ad ottenere nel giudizio una reintegrazione in natura del suo rapporto originario con la cosa controversa: dalle fonti (sia pur non numerose) dedicate al *iusiurandum in litem* si apprende così che quest'ultimo poteva essere deferito - tra gli altri - nella *vindicatio usus* e *usufructus*, nella *vindicatio servitutis* e nella *vindicatio pignoris*¹⁷⁵, oltre che in alcune delle azioni reali di diritto pretorio a tutela dell'*in bonis habere* di determinati soggetti (*actio Publiciana* e *actio Serviana*). Né può escludersi in radice che il medesimo istituto risultasse applicabile anche nel caso di azioni reali di altra natura di cui manca nelle fonti un'esplicita menzione (come appare del resto indirettamente suggerito dalla stessa affermazione generale contenuta nel Digesto, secondo la quale il giuramento estimatorio sarebbe stato utilizzabile nella generalità dei giudizi reali¹⁷⁶). Quel che importa in questa sede rilevare, ad ogni modo, è che già per effetto di questa prima e circoscritta espansione del suo ambito applicativo, il giuramento di stima ha conosciuto a ben guardare una parziale ma significativa modificazione dei suoi

¹⁷⁴ D. 5.3.25.10 (Ulp. 15 ad Ed.; inserito nel titolo *De hereditatis petitione*): *Haec verba senatus consulti etiam adversus eum qui non possidet iusiurandum inducunt: tam enim adversus eum qui dolo fecit quo minus possideat quam adversus possidentem in litem iuratur*. Sul punto G. PROVERA, *Contributi*, pp. 29 ss. Più in generale sulle funzioni e i contenuti dell'*hereditatis petitio* (specie in relazione alla separata applicabilità dell'azione di rivendica per il recupero delle singole cose oggetto ricomprese nell'asse ereditario) può rinviarsi a S. PULIATTI, *De cuius hereditate agitur. Il regime romano delle successioni*, Torino, 2016, pp. 45 ss. e all'ulteriore letteratura in quella sede richiamata.

¹⁷⁵ Si vedano rispettivamente D. 7.6.5.4 (per le *vindicationes usus e usufructus*); D. 8.5.7 (per la *vindicatio servitutis*), D. 20.1.16.3 (per la *vindicatio pignoris*), oltre ad I. 4.6.31 e D. 20.1.21.3 (per le azioni pretorie a tutela della proprietà bonitaria). Sul carattere arbitrario dei medesimi giudizi S. VIARO, *Azioni penali*, cit., p. 12 ss. ed ID., *L'arbitratus*, cit., p. 23 ss., mentre a G. SEGRÉ, *La clausola restitutiva nelle actiones de servitutibus e le formule delle azioni relative alla servitus oneris ferendi*, in *BIDR* 41 (1932), p. 17 ss., può rinviarsi per le già richiamate controversie in merito all'ammisibilità del giuramento nelle azioni di stretto diritto poste a tutela delle servitù prediali. Per la struttura restitutiva di altre azioni non penali a contenuto reale v. anche M. KASER, *Restituere*, cit., p. 17 ss.

¹⁷⁶ D. 12.3.5.pr.: *In actionibus in rem et in ad exhibendum et in bonae fidei iudiciis in litem iuratur* (ove il riferimento all'*actio ad exhibendum* e ai giudizi di buona fede è stato da più parti ritenuto non genuino ma nulla toglie alla verosimile classicità del precedente richiamo all'applicabilità del giuramento nelle azioni reali generalmente considerate; vedremo peraltro come il riferimento all'impiego dell'istituto nell'*actio ad exhibendum* risulti - per lo meno nella sostanza - a propria volta corretto). In generale sui caratteri della *litis aestimatio* nei processi relativi agli *iura in re aliena* (e per specifici riferimenti al contenuto della tutela di questi ultimi) v. C.A. CANNATA, *Istituzioni*, cit., p. 449 ss.

presupposti. Come incisivamente evidenziato dal Provera in diversi luoghi del suo studio dedicato all'istituto¹⁷⁷, infatti, l'estensione del potere del giudice di deferire il giuramento nel più ampio contesto delle azioni reali (e in particolar modo nel quadro dell'*hereditatis petitio*) non ha rappresentato soltanto un'applicazione analogica dei principi alla sua base al di fuori del paradigma della *rei vindicatio*, ma ha determinato al tempo stesso - con le parole dell'autore - una parziale "attenuazione della rigidità dei presupposti sopra richiamati" rispetto all'ipotesi originaria, dal momento che nei giudizi in esame il rapporto tra la concessione del giuramento e la (mancata) restituzione della *res* controversa - che nel caso della rivendica è immediato e imprescindibile - si fa inevitabilmente più sbiadito ed indiretto, dovendosi tener conto della maggiore complessità del rapporto reale concretamente azionato (che riguarda piuttosto un aspetto particolare del godimento della cosa o - nel caso della *petitio hereditatis* - una pluralità eterogenea di beni) e così della maggiore varietà degli interessi sottesi alla generica pretesa alla reintegrazione in natura a cui tende il processo¹⁷⁸. Nondimeno, vista la sostanziale affinità tra siffatti giudizi e l'impostazione reale del giudizio di rivendica, lo schema di fondo di applicazione del *iusiurandum* e le sue relazioni con la struttura della formula (a partire dal necessario collegamento con il meccanismo formulare della clausola arbitraria) rimanevano nella sostanza inalterati, modificandosi soltanto - nei termini suddetti - il modo con cui gli stessi presupposti della contumacia e del dolo venivano in concreto valutati dal giudice al momento della concessione o del diniego del rimedio a vantaggio dell'attore.

Un ulteriore e più significativo distacco dallo schema tradizionale di applicazione dell'istituto si è avuto invece con l'estensione della possibilità di deferire (e pertanto

¹⁷⁷ Si veda in particolare G. PROVERA, *Contributi*, cit., p. 25, pp. 31 ss. e pp. 78 ss.

¹⁷⁸ G. PROVERA, *Contributi*, cit., p. 29, il quale riconduce tale parziale alterazione dei presupposti del *iusiurandum* rispetto al nucleo originario dell'azione di rivendica all'avvenuta estensione del medesimo istituto alla particolare fattispecie dell'*hereditatis petitio*, e in special modo alla circostanza che quest'ultimo giudizio - a partire almeno dal S.C. Giuvenziano (di epoca adrianea) - sia caratterizzato da una sostanziale equiparazione del possessore di mala fede che si sia spogliato del possesso nel corso del giudizio al possessore attuale, legittimato in quanto tale alla restituzione della cosa; determinandosi in tal modo, per la prima volta, quell'estensione del meccanismo della *ficta possessio* che si è visto caratterizzare il trattamento processuale della perdita dolosa del possesso anche ai fini dell'eventuale *restitutio* (quest'ultima considerazione non compare direttamente nei rilievi dell'autore ma mi appare facilmente ricavabile dall'evidente connessione tra le due problematiche). Sugli effetti del S.C. Giuvenziano rispetto alla legittimazione passiva all'*hereditatis petitio* si veda - da ultimo - Y. GONZALEZ ROLDAN, *Il Senatoconsulto 'Giuvenziano'*, in *SDHI*, 72 (2006), pp. 197 ss.

di prestare) il *iusiurandum in litem* nel differente contesto delle azioni *in personam*. Che il giuramento di stima potesse trovare applicazione anche all'interno di alcuni giudizi a contenuto personale è testimoniato dalle fonti con relativa sicurezza¹⁷⁹; né vi è in letteratura chi dubiti formalmente che tale possibilità abbia costituito il risultato di un'estensione successiva della portata dell'istituto rispetto al nucleo originario delle *actiones in rem*. Ciò che rimane indeterminato e parzialmente controverso, in quanto non immediatamente ricostruibile sulla scorta dei frammenti a nostra disposizione, è tuttavia quale sia esattamente il novero oggettivo di siffatti giudizi e soprattutto in che modo si sia giunti - in età formulare - all'applicazione negli stessi del *iusiurandum in litem*. Vista l'originaria connessione del meccanismo processuale della stima giurata con i giudizi *in rem* e la nota refrattarietà della giurisprudenza classica ai repentini mutamenti di paradigma concettuale, deve nondimeno ritenersi verosimile che siffatta estensione alle azioni *in personam* sia avvenuta nella prassi in maniera progressiva e senza eccessivi stravolgimenti, attraverso una sequenza di ampliamenti successivi in cui ogni passaggio, pur rappresentando un'innovazione rispetto a quello precedente, deve aver mantenuto - in relazione a quest'ultimo - una certa continuità. In tale prospettiva, un momento preliminare dell'evoluzione di cui trattasi ha probabilmente riguardato quelle azioni *in personam* che, pur essendo rivolte a una specifica prestazione nelle forme dell'*oportere*, presentano in concreto una funzione strumentale delle *actiones in rem* che consente indirettamente di assimilarle alle stesse¹⁸⁰. Tra siffatti giudizi, il caso paradigmatico è rappresentato senz'altro dall'*actio ad exhibendum*, rispetto alla quale l'estensione del meccanismo giudiziale della stima giurata (oggettivamente testimoniata da molteplici frammenti¹⁸¹) ha potuto agevol-

¹⁷⁹ Non sfugge, del resto, che la stessa elencazione delle azioni arbitrarie contenuta nel manuale giustiniano (I. 4.6.32) riferisca dell'applicabilità del relativo meccanismo in numerosi giudizi personali (di cui vi è traccia anche nel Digesto), mentre curiosamente non vi compaiono alcune delle *actiones in rem* senz'altro caratterizzate dalla medesima struttura (tra cui la *rei vindictio* e l'*hereditatis petitio*). Per un'ipotesi esplicativa di siffatta «anomalia» si veda ad es. P. GIRARD, *Manuel*, cit., p. 1016, nt. 1.

¹⁸⁰ M. KASER, *Das röm. Zivilprozessrecht*, cit., p. 335 si riferisce genericamente a questo tipo di azioni avendo riguardo alla loro natura di giudizi ausiliari («Hilfsklagen») delle azioni reali a cui sono strumentali; terminologia ripresa, più di recente, anche da S. VIARO, *L'arbitratus*, cit., p. 58). G. PROVERA, *Contributi*, cit., p. 31 si limita invece a evidenziare come tra questi giudizi e la *rei vindictio* esista «uno stretto collegamento funzionale» che ne giustifica l'accostamento agli effetti del *iusiurandum*.

¹⁸¹ Si veda - per tutti - D. 49.1.28.1 (Scaev. 25 Dig.): *Iussus a iudice exhibere secundum praeceptum praesidis provinciae rationes, quas apud se esse caverat, instrumentorum gratia data dilatione nec postea exhibuit ideoque secundum constitutionem recitatam, quia per contumaciam instrumenta non exhibuerat, cum petitor quanti sua interesset exhiberi iurasset, facta erat condemnatio. Quaesitum est, an post iusiurandum appellationem interponere possit. Respondit nihil proponi, cur denegandum esset*

mente giustificarsi per il fatto che tale strumento - tendendo ad obbligare il *vocatus* a presentare in giudizio la *res* controversa in un'azione reale - presentava a propria (seppur indirettamente) una funzione *lato sensu* restitutoria; con la conseguenza che legittimare nella stessa la prestazione del giuramento ad opera dell'attore equivaleva in sostanza a favorire mediatamente l'attuazione in natura della pretesa reale del giudizio principale. Ad ulteriore conferma della relativa naturalezza con cui dev'essersi attuata - nel giudizio in esame - l'espansione dello schema della clausola restitutoria (in questo caso più specificamente diretta all'*exhibitio* della cosa¹⁸²) e del connesso meccanismo del giuramento di stima, che pure rappresentavano, trattandosi in ogni caso di un'*actio in personam*, un mutamento di prospettiva tutt'altro che indifferente. Più recente e problematica deve per converso essere risultata - nella prassi applicativa - l'estensione della facoltà di giurare sulla stima della lite in una serie di ulteriori giudizi a contenuto personale ma del tutto svincolati da un rapporto funzionale con le *actiones in rem*, rispetto ai quali le testimonianze delle fonti sul *iusiurandum in litem* appaiono in effetti più isolate, generiche e frammentarie, lasciando così intendere come la transizione nel senso dell'impiego della stima giurata nei relativi procedimenti abbia verosimilmente comportato - sul piano concettuale - maggiori difficoltà. È questo il caso, per esempio, dell'applicazione del meccanismo estimatorio del *iusiurandum in litem* nell'azione di dolo e nell'*actio quod metus causa*¹⁸³, all'interno delle quali - posto che si tratta di giudizi *in personam* aventi carattere penale - la possibilità di deferire il giuramento di stima nei confronti del *vocatus* assume un significato del tutto particolare nella misura in cui il potenziale incremento della condanna in denaro da esso derivante (che si è visto essere equiparato dai testi ad un'autentica

appellationis auxilium. Sulla natura e la funzione dell'*actio ad exhibendum* nei procedimenti reali si veda - in generale - M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, Palermo, 1958, *passim*.

¹⁸² D. 10.4.11.2 (Ulp. 24 *ad Ed.*). Si noti peraltro come alcune fonti sembrano testimoniare come l'applicazione del *iusiurandum in litem* nei giudizi in esame potesse estendersi, oltre che alla prestazione esibitoria di per sé considerata, anche alla prestazione degli *instrumenta* funzionali alla stessa, estendendosi così ulteriormente il campo dei possibili contenuti della valutazione del giudice nel deferimento del rimedio. Sul punto - specie con riferimento alla testimonianza di D. 12.3.10 - v. M. PENNITZ, *der Enteignungsfall*, cit., p. 272 ss. e G. PROVERA, *Contributi*, cit., p. 33 ss. Non manca peraltro chi ha voluto ipotizzare nella medesima logica - e pur nel silenzio delle fonti - un'estensione del giuramento di stima anche ad ulteriori procedimenti in personam con carattere ausiliario dei giudizi reali quali l'*interdictum quem fundum*; Così M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 335 nt. 6.

¹⁸³ Si consideri, in relazione ad entrambi i giudizi, l'unica testimonianza di D.4.3.18.pr. Sulla plausibile genuinità del frammento nella parte in cui si richiama alla possibile applicazione del giuramento di stima v. G. PROVERA, *Contributi*, pp. 37 ss., il quale - sulla scorta di D. 38.5.5.1 - estende esplicitamente l'operatività dell'istituto anche alla fattispecie (a propria volta penale) dell'*actio Fabiana*.

poena) si affianca e si aggiunge all'effetto sanzionatorio normalmente collegato alla stessa struttura dell'*actio*, oltre ad apparire difficilmente conciliabile con la funzione di quest'ultima in quanto tendente - più che alla reintegrazione della cosa oggetto del giudizio - alla pura e semplice applicazione di una sanzione di carattere affittivo¹⁸⁴. Ciò che corrisponde evidentemente - sotto il profilo evolutivo dei presupposti dell'istituto - a un ulteriore allontanamento della funzione del *iusiurandum* rispetto al suo schema originario dei giudizi reali, dal momento che con l'avvenuta trasposizione di tale strumento nel diverso contesto delle formule penali il fulcro del medesimo inizia a spostarsi dal problema obiettivo dell'eventuale restituzione della *res* controversa a una più generica valutazione della disponibilità del *vocatus* a realizzare nel giudizio l'interesse avversario ad un'integrale soddisfazione della pretesa azionata. Assai rilevante in questa stessa prospettiva appare inoltre l'estensione del meccanismo sanzionatorio del *iusiurandum in litem* alla particolare materia dei giudizi interdittali, a sua volta testimoniata da circoscritte affermazioni contenute nelle fonti¹⁸⁵ con specifico riguardo al giudizio *in personam* (nelle forme tipiche dell'*agere ex interdicto*) eventualmente instaurato contro il destinatario dell'interdetto che avesse rifiutato di conformarsi all'ordine proveniente dal magistrato. È noto, infatti, come nell'ambito della procedura conseguente all'inadempimento degli interdetti restitutori ed esibitori, alla parte intimata su iniziativa del magistrato era consentito di scegliere - in alternativa al procedimento *cum poena* basato sulle garanzie reciproche offerte dai contendenti - una via più favorevole consistente nella nomina di un arbitro che valutasse l'eventuale *restitutio* nel corso del giudizio evitando di conseguenza i pericoli della condanna (cd. procedura *sine poena* o *sine periculo*, caratterizzata in tal senso da una *formula arbitraria* non dissimile da quella inserita nei giudizi fino ad

¹⁸⁴ Sul significato del carattere penale di tali giudizi rispetto all'estensione al loro campo di applicazione del meccanismo sanzionatorio del giuramento di stima operata dai *prudentes* si veda anche S. VIARO, *Azioni penali munite di clausola arbitraria*, cit., p. 647 ss., secondo la quale la funzione caratteristica del giuramento di stima condurrebbe piuttosto ad attendersi una limitazione del suo ambito applicativo al di fuori delle *actiones in rem* ai soli giudizi *in personam* di natura reipersecutoria. Vale del resto la pena di ricordare come proprio l'estensione del giuramento di stima ad alcuni giudizi di carattere penale, in quanto giudicata "inconciliabile" con la natura dell'istituto, abbia indotto BIONDI (*Studi*, cit., pp. 34 ss.) a ritenere interpolata in epoca postclassica buona parte dei frammenti contenuti nel Digesto con riguardo alla definizione dell'ambito applicativo del *iusiurandum in litem*. In senso analogo M. DE BERNARDI, *L'officium iudicis*, cit., p. 20 ss.

¹⁸⁵ Si veda ad es. D. 43.24.15.7 (Ulp. 71 *ad Ed.*), con riferimento all'*interdictum «quod vi aut clam»*: [...] *Hoc interdicto tanti lis aestimatur, quanti actoris interest id opus factum esse. Officio autem iudicis ita oportere fieri restitutionem iudicandum est, ut in omni causa eadem condicio sit actoris, quae futura esset, si id opus, de quo actum est, neque vi neque clam factum esset* [...].

ora esaminati)¹⁸⁶; nel qual caso, si legge ancora nelle medesime fonti, l'oggetto specifico dell'accertamento giudiziale all'interno della procedura instaurata *ex interdicto* poteva estendersi in modo particolare alla verifica delle condotte dolose poste in essere dal *vocatus* onde rendere impossibile la restituzione della cosa, mancando per converso un esplicito richiamo alla contumacia della parte derivante dalla mancata esecuzione dell'invito restitutorio formulato dall'arbitro¹⁸⁷. Ad ulteriore testimonianza che nei giudizi in esame (al pari che nelle ipotesi di applicazione del *iusiurandum* nelle azioni penali) la funzione primaria della stima giurata risiedeva in una valutazione complessiva della condotta del *vocatus* più che in una verifica specifica della sua ottemperanza allo *iussum* pronunciato dal giudice (anche alla luce del fatto che, nel caso dell'*agere ex interdicto per formulam arbitrariam*, il mancato adempimento dell'onere restitutorio di per sé considerato risulta a ben vedere già manifesto nel momento precedente del rifiuto del convenuto di adeguarsi all'interdetto medesimo).

Il passaggio definitivo verso il distacco dell'istituto dalla sua matrice originaria nelle *actiones in rem* munite di clausola arbitraria si ebbe tuttavia - in un momento non meglio determinabile ma senz'altro successivo ai precedenti sviluppi - attraverso l'ammissione della possibilità di deferire il giuramento di stima in una serie di giudizi di natura personale rispetto ai quali la presenza nella formula di una clausola restitutoria è contraddetta dalle fonti. Tra i testi che depongono in questo senso, giudicati tendenzialmente attendibili dalla dottrina più recente nonostante le manifeste alterazioni che hanno talora subito¹⁸⁸, possono richiamarsi - in modo particolare - quelli

¹⁸⁶ Gai. 4.163: *Namque si arbitrum postulauerit is, cum quo agitur, accipit formulam, quae appellatur arbitraria, et iudicis arbitrio si quid restitui uel exhiberi debeat, id sine periculo exhibet aut restituit et ita absoluitur; quod si nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est, condemnatur*. Sui caratteri della procedura interdittale in tal modo applicabile v. M. VARVARO, Gai. 4.163 e la struttura della formula arbitraria, in *AUPA*, 55 (2012), p. 170 ss., la quale sottolinea tra l'altro come la qualificazione con l'aggettivo «arbitrarie» delle formule corrispondenti a questo tipo di procedura non indichi genericamente la circostanza obiettiva della nomina di un *arbiter* investito del giudizio, ma vada intesa come un riferimento specifico alla circostanza che in tali formule fosse inserita una clausola arbitraria nel senso tecnico del termine e che il giudicante fosse quindi investito di un *arbitrium* corrispondente.

¹⁸⁷ D. 43.24.15.10: *Eum autem, qui dolo malo fecerit, quo minus possit restituere, perinde habendum, ac si posset* [...]. Non appare a tal riguardo convincente il rilievo effettuato da G. PROVERA, *Contributi*, cit., p. 40, secondo il quale l'omissione in questa sede del riferimento espresso alla contumacia del *vocatus* potrebbe spiegarsi come il risultato di un accorciamento del testo in sede compilatoria, posto che in molti altri casi l'intervento dei commissari imperiali ha invero conservato lo stesso riferimento.

¹⁸⁸ Nel senso della genuinità delle (invero non numerose) testimonianze che attestano l'estensione del *iusiurandum in litem* anche a giudizi sprovvisti di una clausola restitutoria si è espresso, in particolare, G. PROVERA, *Contributi*, cit., pp. 42 ss., che riconduce tra le stesse - oltre alle azioni di deposito e co-

che testimoniano espressamente l'applicabilità del giuramento nell'azione di deposito e in quella di comodato¹⁸⁹, le quali - pur essendo senz'altro dirette in senso lato alla restituzione della cosa (rispettivamente depositata e comodata) - risultavano certamente sprovviste di un riferimento formulare all'*arbitratus de restituendo* tale da consentire al giudice privato di invitare il convenuto a provvedere in tal senso. Ammettendosi il ricorso al *iusiurandum in litem* anche nei giudizi corrispondenti a tali azioni, di conseguenza, si interrompeva la relazione obiettiva - fino a quel punto incontestata - tra la possibilità di ricorrere allo strumento in esame e la struttura arbitraria del giudizio interessato, determinatosi al contempo una sostanziale trasformazione dei presupposti e della funzione assolta dall'istituto. Se nel caso delle precedenti estensioni si manteneva pur sempre un rapporto formale con la dimensione obiettiva del mancato adempimento all'invito restitutorio (vuoi nelle forme immediate della contumacia in senso tecnico, vuoi in quelle indirette del dolo finalizzato ad eluderla), infatti, col riconoscimento della facoltà di giurare nelle azioni sprovviste di clausola arbitraria tale fondamentale collegamento con la struttura tecnica dei giudizi formalmente diretti a una *restitutio* in natura veniva meno in radice, rimanendo nella sostanza, quale unico presupposto per la concessione del rimedio, il dolo del convenuto nel corso del giudizio inteso oramai (genericamente) come qualsiasi condotta posta in essere da quest'ultimo e idonea ad impedire la corretta attuazione dell'interesse di chi agisce (a prescindere dalla sussistenza di un invito formale diretto a favorirla)¹⁹⁰.

modato di cui si tratta in questa sede - anche i giudizi conseguenti all'*actio rerum amotarum*, all'*actio furti*, all'*actio rei uxoriae* e all'*actio locati*, mentre maggiori incertezze vengono espresse dall'autore (pur ammettendo fondamentalmente l'applicabilità dell'istituto) per quanto attiene alle azioni tutelari. In favore dell'applicabilità del giuramento di stima nella specifica ipotesi dell'*actio locati* si esprime - tra gli altri - D. MEDICUS, *Id quod interest*, cit., p. 183 ss. *Contra* BETTI, *La litis aestimatio*, cit., p. 17.

¹⁸⁹ Per il deposito, si veda in particolare D.5.1.64.pr. (Ulp. 1 *ad Disp.*): *Non ab iudice doli aestimatio ex eo quod interest fit, sed ex eo quod in litem iuratur: denique et praedoni depositi et commodati ob eam causam competere actionem non dubitatur*; Per il comodato, D. 12.3.3 (Ulp. 30 *ad Ed.*): *Nummis depositis iudicem non oportet in litem iusiurandum deferre, ut iuret quisque quod sua interfuit, cum certa sit nummorum aestimatio. Nisi forte de eo quis iuret, quod sua interfuit nummos sibi sua die redditos esse: quid enim, si sub poena pecuniam debuit? Aut sub pignore, quod, quia deposita ei pecunia adnegata est, distractum est?* e D. 13.6.3.2 (Ulp. 28 *ad Ed.*): [...] *In hac actione sicut in ceteris bonae fidei iudiciis similiter in litem iurabitur: et rei iudicandae tempus, quanti res sit, observatur, quamvis in stricti litis contestatae tempus spectetur* [...].

¹⁹⁰ A un'analoga conclusione sul punto sembra pervenire, sulla scorta di un più articolato procedimento argomentativo, anche G. PROVERA, *Contributi*, cit., p. 45: "[...] valutando dal punto di vista sostanziale l'obbligazione di restituire facente capo al depositario o al comodatario, si veniva ad assumere come rilevante il dolo, considerato non più accanto alla contumacia alla stregua del rifiuto volontario di ubbidire allo *iussum* del giudice, ma come criterio per la responsabilità derivante dall'inadempimento di un'obbligazione di restituire; tale criterio giustificava non solo la condanna del convenuto, ma quel particolare tipo di condanna in cui l'ammontare della *l.aest.* era fissato dallo stesso attore".

Eloquente in questo senso appare, tra l'altro, la circostanza testuale che l'oggetto della pretesa fatta valere nel giudizio che la condotta del convenuto è tenuta a soddisfare risulti espresso - nelle fonti relative alle azioni in esame - con il verbo *reddere*¹⁹¹ (in luogo del tradizionale *restituere* che compare invece nella clausola arbitraria dei giudizi precedentemente esaminati), il quale individua sì - quanto meno in astratto - una pretesa di carattere restitutorio ma sembra riferirsi, rispetto alla più specifica nozione di *restituere* caratteristica delle azioni arbitrarie, alla generica reintegrazione della situazione giuridica anteriore al giudizio (del tutto svincolata dal collegamento tecnico con una clausola restitutoria), oltre ovviamente a denotare - anche sotto il profilo formale - la differente natura di simili giudizi rispetto allo schema verbale delle azioni arbitrarie propriamente considerate¹⁹². Né può a ben vedere trascurarsi - nella medesima prospettiva di una progressiva alterazione dei presupposti dell'istituto - che alcuni dei giudizi personali ai quali si è fatto riferimento e a cui sembrerebbe essere stata estesa la possibilità di applicare il giuramento di stima (tra cui le stesse azioni di deposito e di comodato menzionate quale esempio di siffatta estensione), risultino formalmente connotati - oltre che dalla suddetta mancanza di una clausola restitutoria (nel senso tecnico del termine) - da formule munite di un'*intentio ex fide bona*¹⁹³, le quali, ammettendo in ogni caso la reintegrazione in natura quale oggetto specifico della valutazione del giudice, sembrerebbero in astratto rendere superfluo un ricorso al *iusiurandum in litem* quale mezzo di garanzia del medesimo risultato affidato piuttosto all'iniziativa dell'attore¹⁹⁴. Con l'indiretta conseguenza che la possibilità di de-

¹⁹¹ In questo senso si confronti, oltre al già richiamato frammento ulpiano sull'*actio commodati* (ove la restituzione delle cose comodate è in effetti individuata con l'espressione *redditos esse*), l'ulteriore testimonianza relativa all'*actio rerum amotarum* (caratterizzata a sua volta - come appare probabile - dalla possibilità del giuramento di stima) in D. 25.2.8.1 (Pomp. 16 *ad Sab.*), ove quest'uso terminologico appare ancora più evidente: *Si, cum dos solveretur mulieri aut satis doti fieret, dictum non esset actum iri rerum amotarum, nihilo minus agi potest: nam et cum dos nulla sit, eadem actio datur.*

¹⁹² Per un'ipotesi sui contenuti della nozione di *reddere* impiegata dalle fonti per i giudizi in esame e sulle differenze tra la medesima nozione e il concetto (tecnico) di *restituere* caratteristico dei giudizi con clausola arbitraria può rinviarsi - in generale - a M. KASER, *Quanti ea res est*, cit., p. 65 ss., il quale ne offre tra l'altro una puntuale ricostruzione in rapporto ai differenti giudizi in cui la stessa sembra essere impiegata (ivi comprese le già richiamate formule dell'*actio depositi* e dell'*actio commodati*).

¹⁹³ Con specifico riferimento all'*actio commodati* (diretta e contraria) si veda ad es. D. 13.6.3.2 (Ulp. 28 *ad Ed.*), ove si rinvia peraltro espressamente alla facoltà di applicazione della stima giurata anche in altri giudizi della medesima natura: *In hac actione sicut in ceteris bonae fidei iudiciis similiter in litem iurabitur: et rei iudicandae tempus, quanti res sit, observatur, quamvis in stricti litis contestatae tempus spectetur.* Più in generale sulla questione del rapporto tra il giuramento di stima e i giudizi di buona fede v. A. WATSON, *Iusiurandum in Litem in the Bona Fidei Iudicia*, cit., *passim*.

¹⁹⁴ Così, in particolare, G. PROVERA, *Contributi*, cit., pp. 48 ss. In senso contrario all'applicabilità del giuramento in questo genere di azioni (sul presupposto dell'inconciliabilità tra la funzione del mede-

ferire a quest'ultimo il giuramento estimatorio testimoniata per i giudizi di cui trattasi da alcune tra le fonti richiamate, lungi dal collegarsi a una specifica valutazione della circostanza obiettiva della mancata restituzione, assumeva in questi casi la più organica e generalizzata funzione di sanzionare gli eventuali comportamenti dolosi posti in essere dal *vocatus* che apparissero idonei - secondo il discrezionale apprezzamento dell'organo giudicante - ad impedire in concreto (o comunque a ostacolare con intenzione maliziosa) l'effettiva soddisfazione della pretesa giuridica fatta valere dall'avversario nel corso del giudizio e risultata fondata all'esito del processo.

4. Conclusioni: dalla clausola arbitraria al favor generale per l'esecuzione in natura

Alla luce delle considerazioni fino ad ora formulate quanto alla sfera di applicazione del *iusiurandum in litem* e ai presupposti del suo concreto deferimento a vantaggio dell'attore nella fase *apud iudicem*, deve pertanto riconoscersi come - per effetto del descritto ampliamento del novero dei giudizi entro i quali lo stesso poteva essere impiegato su iniziativa del giudice - si sia assistito con il tempo (ma senza dubbio già all'epoca della vigenza della procedura *per formulas*) a una progressiva trasformazione della stessa natura dell'istituto in esame e così della funzione processuale allo stesso attribuita nella concreta dinamica dei rapporti tra le parti. Mentre in ragione della sua originaria ed esclusiva correlazione con le formule arbitrarie dei giudizi reali e delle azioni a questi ultimi variamente collegate il giuramento di stima non poteva che operare come strumento accessorio del meccanismo formulare della clausola restitutoria negli stessi contenuti (rappresentando - nei termini suddetti - una misura sanzionatoria della mancata osservanza dell'invito a restituire collegato alla stessa), in seguito all'estensione della possibilità di giurare a procedimenti diversi (e in particolare con l'avvenuto riconoscimento della stima giurata in alcune tipologie di giudizi *in personam* senz'altro sprovvisti di natura arbitraria) il ricorso a siffatto strumento per l'*aestimatio* della lite si è infatti convertito in un più ampio meccanismo di coazione indiretta della soddisfazione in natura della pretesa azionata, consentendo di colpire mediatamente (nelle forme di un aggravio dell'ammontare della

simo e la particolare ampiezza dell'*officium iudicis* nelle azioni in esame) si sono espressi invece, sia pure in termini e con argomenti differenti, tanto E. BETTI (*Studi*, cit., p. 57, nt. 86) che L. CHIAZZESE (*Jusiurandum*, cit., p. 3 ss.), nonché - in epoca precedente - E. LEVY, *Zur Lehre*, cit., p. 67 ss.

condanna affidato all'attore) ogni condotta dolosa della parte convenuta che tenda ad impedire o comunque a ostacolare tale esito soddisfacente preferendo assoggettarsi alla condanna in denaro; a prescindere che tale condotta dolosa si ricolleggi formalmente alla specifica violazione di un onere restitutorio addossato al *vocatus* (come avviene in presenza di una clausola restitutoria inserita nella formula) ovvero consista semplicemente in un atteggiamento opportunistico posto in essere nel giudizio con lo scopo di evitare l'adempimento *in ipsam rem* (come può in effetti avvenire in qualsivoglia giudizio anche al di fuori di un invito in tal senso). Con l'estensione del giuramento di stima oltre ai confini formali delle formule arbitrarie o dirette ad un *reddere* inteso in senso tecnico, in altri termini, la funzione di siffatto istituto all'interno del processo ha cessato di coincidere unicamente con quella di un mezzo di repressione del mancato sfruttamento della corrispondente facoltà riconosciuta dal giudice, per divenire in concreto - per lo meno all'interno dei giudizi in cui si applica - quella più generica, immediata e trasversale di uno strumento diretto ad incentivare (per quanto possibile) l'attuazione in natura della pretesa azionata già nel corso processo in cui la stessa è riconosciuta, favorendone l'esecuzione spontanea da parte del *vocatus* e sanzionando per converso la volontà intenzionale manifestata dallo stesso nel senso di sottrarsi alla stessa nel proprio esclusivo interesse (accettando la condanna in denaro ove la stessa gli fosse apparsa più favorevole dal punto di vista economico). Il che è risultato possibile - entro il preciso formalismo della procedura *per formulas* - unicamente sulla base di un'evidente «eterogenesi dei fini» del medesimo istituto rispetto al suo modello originario e al suo concreto funzionamento nelle formule arbitrarie, attuatasi gradualmente nella riflessione dei giuristi attraverso un puntuale adattamento delle sue caratteristiche alla nuova funzione allo stesso attribuita, ossia svalutando in modo crescente l'elemento formale della connessione del rimedio con la struttura del giudizio e valorizzando piuttosto sempre più chiaramente la sua dimensione funzionale quale strumento di garanzia della soddisfazione dell'attore¹⁹⁵; senza peraltro rinunciare per questo alla sua caratteristica struttura tecnica di sanzio-

¹⁹⁵ G. PROVERA, *Contributi*, cit., p. 67 ss. parla in tal senso di “un’analogia prettamente processuale” in forza della quale la sfera di applicazione del *iusiurandum in litem* diventava suscettibile - pur nella varietà delle situazioni sostanziali di volta in volta coinvolte nei giudizi interessati - di estendersi a procedimenti diversi per presupposti e contenuti ma accomunati dalla medesima valutazione sostanziale del valore della *restitutio* effettuata nel giudizio intesa in generale “come obbligo di ripristinare una situazione di fatto” a seguito della lesione rispetto ad essa intervenuta per la condotta di un terzo.

ne indiretta operante per il tramite del giuramento dell'attore e dell'aumento eventuale dell'ammontare della condanna, ritenuto evidentemente più efficace ed adeguato a realizzare una soluzione soddisfacente del conflitto tra le parti (sul presupposto - mai del tutto abbandonato nell'esperienza romana fino all'affermarsi degli strumenti di esecuzione coattiva nel processo più recente - per cui la soddisfazione spontanea della pretesa azionata anteriore alla conclusione del giudizio con la pronuncia della sentenza risulta di regola preferibile rispetto a quella attuata dagli organi dello stato sulla base della condanna e della sua esecuzione¹⁹⁶). Né è a ben guardare da escludersi che, nella prospettiva analogica e funzionalmente orientata in tal modo determinatasi rispetto all'impiego dell'istituto, l'evoluzione dell'ambito applicativo del giuramento di stima nell'esperienza formulare avrebbe potuto estendersi nel corso del tempo anche a giudizi ulteriori e di natura diversa rispetto a quelli in cui lo stesso è espressamente riconosciuto ammissibile nelle fonti richiamate (quali le azioni nascenti da stipulazione ovvero da testamento per cui D. 12.3.6 testimonia che non si era soliti deferire il giuramento¹⁹⁷); se non fosse che una tale ulteriore e consequenziale espansione (che avrebbe fatto del giuramento di stima un autentico garanzia generalizzata dell'adempimento in natura *post litem contestatam*) è stata verosimilmente interrotta e resa superflua dalla definitiva affermazione - in epoca classica - del generale principio, ricondotto da Gaio al prevalente insegnamento della scuola sabiniana, secondo il quale *omnia iudicia absolutoria esse*¹⁹⁸. Il significato di fondo di siffatto principio

¹⁹⁶ Così, C.A. CANNATA, *Omnia iudicia absolutoria esse*, in *Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico* - In memoria di Arnaldo Biscardi, 2011, p. 68 ss., il quale precisa in proposito come il meccanismo repressivo del giuramento di stima nel processo *per formulas* possa intendersi in questi termini proprio alla stregua di un incentivo mediato introdotto nel sistema allo scopo di favorire la soddisfazione specifica dell'attore vittorioso spontaneamente attuata dal convenuto medesimo, concepita dai giuristi quale esito più auspicabile della vicenda processuale in quanto più idonea ad attuarne le effettive finalità rispetto a un'esecuzione affidata agli organi statuali che la portino a compimento *manu militari*. In senso parzialmente analogo F. ZUCCOTTI, *Omnia iudicia absolutoria esse*, in *L.E.D. - Rivista di diritto romano*, II, 2003, pp. 25 e 26. Sul ruolo della condanna pecuniaria aggravata dal giuramento di stima rispetto alla generale tendenza del sistema nel senso di favorire l'esecuzione spontanea v. anche L. PEPPE, *Riflessioni rispetto all'esecuzione personale*, cit., p. 152.

¹⁹⁷ G. PROVERA, *Contributi*, cit., p. 69, osserva correttamente come la formulazione impiegata nel frammento in esame sia a ben vedere eloquente nell'indicare le potenzialità espansive dell'impiego dell'istituto come reinterpretato dalla giurisprudenza rispetto al suo schema originale, posto che nella medesima fonte il giurista non esclude in radice l'operatività del giuramento nei giudizi richiamati ma si limita ad affermare come all'interno degli stessi il suo impiego non risulti «usuale», lasciando in tal modo intendere che «a rigor di logica nulla impediva che anche in quelle ipotesi si potesse far ricorso a quel mezzo di stima» e che l'esclusione del medesimo da esso testimoniata derivava pertanto «solo da una prassi contraria» non (ancora) sviluppatasi nel senso di ammettere la corrispondente estensione.

¹⁹⁸ Gai. 4.114: *Superest, ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is, cum quo agitur, post acceptum iudicium satisfaciat actori, quid officio iudicis conveniat, utrum absolvere an ideo potius damnare, quia*

è infatti quello di riconoscere alla *restitutio* spontaneamente effettuata *post litem contestatam*, a cui la contrapposta opinione della scuola proculiana non attribuiva rilievo se non nel limitato contesto dei giudizi di buona fede e delle azioni arbitrarie, una generalizzata efficacia liberatoria a vantaggio del convenuto che l'avesse effettuata (il quale avrebbe dovuto in questo caso essere assolto dal giudice), con la conseguenza che il meccanismo di coazione indiretta del medesimo risultato assolutorio, operante per il tramite del giuramento di stima nei soli procedimenti caratterizzati da quest'ultimo, non poteva che perdere la propria stessa ragion d'essere in quanto surrogato dal più ampio e universale principio in questo senso affermato¹⁹⁹. Nondimeno, difficilmente potrebbe negarsi la sostanziale e manifesta continuità tra il generale riconoscimento alla *restitutio* processuale di un'efficacia liberatoria a vantaggio del convenuto e la precedente estensione della sfera di applicazione del *iusiurandum in litem* nel processo *per formulas*, considerato che siffatta espansione - per quanto senz'altro più circoscritta e necessariamente vincolata dalla struttura tecnica dello strumento interessato - ha rappresentato a propria volta (come si è visto) una manifestazione dell'esigenza di assicurare al processo per quanto possibile un'immediata efficacia satisfattiva della pretesa del vincitore, introducendo al contempo un corrispondente «correttivo» (sia pur indiretto in quanto affidato alla spontanea iniziativa del *vocatus* responsabile) agli inconvenienti tecnici inevitabilmente connessi al generale principio della condanna in denaro²⁰⁰. Al punto che non appare tutto sommato

iudicii accipiendi tempore in ea causa fuerit, ut damnari debeat. Nostri praeceptores absoluere eum debere existimant; nec interesse, cuius generis sit iudicium. Et hoc est, quod vulgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia iudicia absolutoria esse. <Diversae Scholae auctoribus de stricti iuris iudiciis contra placuisse> de bonae fidei autem iudiciis idem sentiunt, quia in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis. Tantumdem et de in rem actionibus putant, quia <formulae verbis> id ipsum exprimitur sunt etiam in personam tales actiones in quibus exprimitur actum fuit. Le integrazioni proposte sono tratte dall'edizione del manuale istituzionale a cura di KRÜGER e STUEDEMUND (1923).

¹⁹⁹ In generale sull'affermazione della *regula sabiniana omnia iudicia absolutoria esse* e le sue implicazioni sul riconoscimento di un'efficacia assolutoria della reintegrazione in natura anche al di fuori dei giudizi muniti di una struttura restitutiva può rinviarsi (anche per più ampi riferimenti alla letteratura sul punto) a M. KASER, *Restituere als Prozessgegenstand*, cit., p. 106 ss. A tal riguardo non possono trascurarsi, in modo particolare, i recenti contributi, recanti il medesimo titolo *Omnia iudicia absolutoria esse* e già sopra richiamati, a cura di R. SANTORO, C.A. CANNATA E F. SANTORO.

²⁰⁰ Nel senso dell'implicita connessione, logica e funzionale, tra il meccanismo tecnico della *restitutio* processuale nelle azioni con clausola arbitraria (e nei giudizi di buona fede) e il generalizzato riconoscimento dell'efficacia liberatoria del medesimo atto in base alla *regula sabiniana omnia iudicia absolutoria esse* si veda in particolare C. BUZZACCHI, *Omnia iudicia absolutoria esse: il secondo paradosso del processo civile romano in Il giudice privato nel processo civile romano*, Padova, 2012, p. 13 ss, secondo la quale entrambe le soluzioni in tal modo succedutesi nella storia del processo - per quanto munite di differente portata e tecnicamente alternative - potrebbero a ben vedere considerarsi espres-

azzardato riconoscere nella medesima vicenda evolutiva del giuramento di stima in età formulare un fondamentale presupposto storico della successiva e generalizzata affermazione della portata assolutoria della soddisfazione in natura in qualsivoglia giudizio, la quale difficilmente avrebbe del resto potuto imporsi quale principio generale (all'apparenza contraddittorio con la previsione formulare di una condanna in denaro²⁰¹) in assenza di una previa e già matura consapevolezza acquisita dagli interpreti in ordine alla possibilità di perseguire quello stesso risultato nonostante il rigore dello schema formulare. Ciò che può dirsi in effetti avvenuto - nei termini suddetti - proprio sulla base della progressiva estensione del meccanismo sanzionatorio del *iurandum in litem* al di fuori dei confini del suo carattere originario e tecnicamente vincolato, rispetto alla quale il definitivo riconoscimento della portata «restitutoria» di qualsiasi giudizio ha quindi rappresentato un punto d'arrivo pressoché inevitabile, essendo ormai divenuto incontestabile che il giuramento di stima fosse in grado di operare come strumento trasversale di garanzia processuale dell'esecuzione *in ipsam rem* mediante la repressione di qualsivoglia condotta dolosa posta in essere dal *vocatus* potenzialmente idonea ad impedire l'attuazione di quell'auspicabile risultato²⁰².

sione di una medesima e generalizzata tendenza ad attribuire rilievo (e pertanto efficacia liberatoria) alla *satisfactio* dell'attore spontaneamente effettuata nel corso del giudizio su iniziativa del *vocatus*.

²⁰¹ Sull'apparente «paradossalità» dell'affermazione generale per cui tutti i giudizi possono assumere in astratto un'efficacia liberatoria del convenuto soccombente v. C. BUZZACCHI, *Omnia iudicia absolutoria esse*, cit., p. 3 ss., la quale non manca tuttavia di mettere in luce - specie sulla scorta delle analoghe osservazioni proposte da Cannata nel suo omonimo contributo - l'intrinseca razionalità della soluzione in tal modo raggiunta rispetto ai fini naturali a cui tende il processo e (soprattutto) la sua coerenza con altre soluzioni individuate nel medesimo sistema al fine di perseguire il medesimo risultato.

²⁰² Un tentativo di inquadramento «diacronico» del principio in esame e del significato della sua progressiva emersione nel processo formulare rispetto al tradizionale inquadramento della *restitutio* processuale spontaneamente effettuata dal *vocatus* in un momento successivo alla contestazione della lite è condotto in R. SANTORO, *Omnia iudicia absolutoria esse*, in *Scritti minori* II, Torino, 2009, p.631 ss. Per un'analoga prospettiva sui rapporti tra i due istituti v. S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., p. 77 ss. e nt. 114, la quale evidenzia tra l'altro, pur non condividendo per intero le relative conclusioni, come taluni autori abbiano anzi ritenuto di poter considerare il principio generale del quale si tratta «come derivato proprio dai giudizi introdotti da azioni munite di clausola restitutiva».

CONCLUSIONI

SINTESI E RISULTATI DELL'INDAGINE

Conclusa - col precedente capitolo - la disamina sequenziale dei principali momenti della procedura *per formulas* che si era proposto di indagare nella pianificazione dell'opera, si tratta a questo punto di formulare delle considerazioni di sintesi in merito ai risultati che se ne possono ricavare quanto al tema della ricerca, le quali appaiono del resto opportune e tanto più necessarie alla luce dell'impostazione composita e all'apparenza disorganica caratteristica di quest'ultima e del suo svolgimento. Lo spunto fondamentale e la base di partenza per la ricostruzione in questi termini dell'esperienza formulare è stato offerto - in prospettiva generale - dalla constatazione di fondo dell'intrinseca connotazione «cooperativa» che contraddistingue tipicamente quel modello processuale non soltanto nei confronti dei moderni sistemi di amministrazione della giustizia, ma anche - e prima ancora - rispetto ai tratti essenziali della procedura postclassica che lo avrebbe con il tempo progressivamente surrogato. Quale meccanismo di natura intimamente privatistica e connotato (al pari e in continuità con i procedimenti più antichi) da una costante ed imprescindibile centralità dell'iniziativa delle parti, il processo formulare del periodo classico è apparso infatti caratterizzato da una peculiare esigenza di garantire efficacemente il proprio svolgimento e la regolarità dello stesso anche a fronte delle eventuali condotte poste in essere dalle parti (nel proprio interesse individuale) in senso inconciliabile con siffatta esigenza, le quali si sarebbero altrimenti dimostrate idonee - proprio in ragione del carattere necessario della cooperazione dei litiganti e della natura in senso lato «arbitrale» del contenzioso tra gli stessi - ad impedire del tutto lo svolgimento del giudizio o comunque ad alterarne la normale prosecuzione verso l'esito naturale della definizione della causa; con l'ulteriore conseguenza, in cui si è ritenuto di poter individuare la giustificazione fondamentale della presente ricerca, che in quel sistema processuale diveniva essenziale individuare degli strumenti efficaci a favorire indirettamente la disponibilità delle parti a cooperare attivamente al buon esito del giudizio,

vale a dire a condizionare in qualche misura la volontà delle stesse affinché non si estrinsechi in una direzione incompatibile con le finalità del giudizio.

Sulla scorta di tale considerazione di fondo circa le caratteristiche essenziali della procedura *per formulas* e le loro possibili implicazioni sul trattamento processuale della condotta delle parti, nei capitoli successivi si è quindi proceduto ad esaminare la concreta dinamica di quel sistema processuale nella specifica prospettiva in questo senso evidenziata, nel tentativo di verificare se e in che misura la disciplina dello stesso nel suo concreto svolgimento contempra in effetti degli specifici meccanismi volti ad assicurare le suddette finalità di cooperazione delle parti, ossia degli espedienti processuali idonei a favorire - per quanto possibile - il regolare svolgimento del rapporto processuale o - in caso contrario - a sanzionare efficacemente gli eventuali comportamenti posti in essere dalle parti che rappresentino una deviazione dilatoria, ostruzionistica od opportunistica rispetto alle ordinarie finalità del meccanismo processuale. Il tutto a prescindere non soltanto dalla circostanza formale che tali istituti posti a garanzia dell'«economia del giudizio» siano o meno identificati come tali nella testimonianza delle fonti, ma anche dal fatto che gli stessi operino su basi puramente oggettive ovvero dipendano da una specifica indagine dell'intenzione della parte, nonché privilegiando - sotto il profilo dell'ordine espositivo delle tematiche affrontate - il criterio puramente «temporale» delle fasi o snodi fondamentali nei quali si articola la vicenda processuale, che alla luce del carattere inevitabilmente trasversale della ricerca intrapresa è apparso come il più idoneo a mettere in luce - ove presenti - i diversi (ed eterogenei) strumenti a tal fine predisposti nel processo formulare.

Seguendo l'impostazione metodologica in questo modo selezionata (e più ampiamente descritta nel capitolo introduttivo), si è così innanzitutto rilevato come alcuni istituti specificamente preposti alla tutela del processo dalle condotte «disfunzionali» provenienti dalle parti appaiano invero espressamente identificate e descritte in questi termini già nel contesto delle fonti classiche sul processo *per formulas*, trovandosi in particolare raccolti e sinteticamente enunciati nella breve trattazione dedicata al problema nell'ultima parte delle Istituzioni gaiane (Gai. 4.171-182), la quale avrebbe in seguito costituito la base e il principale riferimento concettuale per la disciplina

delle sanzioni dei litiganti temerari compiutamente introdotta nella legislazione giustiniana. A questo proposito, si è inoltre osservato come la stessa trattazione in questo modo predisposta, lungi dal potersi qualificare - come pure si è talora sostenuto - alla stregua di una sconnessa «appendice» del manuale istituzionale, presenti a ben vedere una precisa organicità ed un'intrinseca coerenza sistematica incentrata proprio sull'intenzione di descrivere e coordinare tra loro una serie di istituti funzionali a reprimere un uso distorto del meccanismo processuale ad opera delle parti, dimostrando in tal modo come siffatto obiettivo (modernamente qualificabile come un'esigenza di politica dei giudizi) non solo risultasse avvertito come una specifica necessità di disciplina processuale ma venisse anche concretamente perseguito con una varietà di forme e strumenti differenti, unificati appunto - pur nella loro eterogeneità di struttura e funzionamento - dalla comune tendenza a colpire le parti a fronte della condotta tenuta dalle stesse nel corso della lite e rivelatasi in contrasto con l'esito del giudizio. Si è quindi cercato di ripercorrere - quanto meno nei suoi snodi fondamentali - il percorso argomentativo seguito da Gaio nel presentare singolarmente gli istituti in esame e nel descriverne il concreto funzionamento all'interno del processo, disponendoli a seconda della tipologia di conseguenze a cui essi si ricollegano nel contesto del giudizio e mettendo in evidenza per ciascuno di essi i possibili rapporti e interazioni funzionali con gli altri rimedi operanti nel sistema nei confronti della parte a cui essi si rivolgono. Da tale ricostruzione è emerso innanzitutto come, accanto ad una serie di rimedi basati sull'applicazione di una sanzione pecuniaria a carico della parte risultata soccombente (come nel caso paradigmatico della litiscrescenza per l'*infitiatio* del convenuto), la procedura formulare conoscesse anche talune sanzioni dirette piuttosto - ed in modo più specifico - a colpire quelle condotte di parte prive di fondamento che fossero al contempo intenzionalmente dirette a danneggiare l'avversario (come avviene in particolare nel caso dei rimedi repressivi della *calumnia*), rispetto alle quali al generale interesse di prevenire e reprimere le iniziative giudiziarie oggettivamente contrarie alle finalità del giudizio si affianca quindi la più specifica esigenza di sanzionare autonomamente la scelta dolosa di strumentalizzare il processo ad uno scopo lesivo estraneo ai suoi fini. Mentre alcuni dei suddetti rimedi operavano a posteriori per effetto della conclusione del giudizio in senso sfavorevole alla parte destinataria degli stessi (come nel caso dei giudizi di calunnia o in quello già

richiamato delle azioni litiscreascenti), inoltre, altri producevano i propri effetti nei confronti della parte già in un momento antecedente alla definizione della lite (come avviene per le sanzioni basate su una promessa reciproca ovvero sul giuramento), assolvendo di tal guisa - in modo prevalente - alla funzione di condizionare a priori le scelte dei litiganti nella vicenda del processo e di prevenire di conseguenza il rischio che gli stessi pongano in essere in un momento successivo delle condotte in contrasto con la regolarità della lite. Ferma restando - anche in questo caso - la possibilità di applicare le sanzioni previste per le medesime condotte laddove il comportamento che forma l'oggetto del rimedio preventivo dovesse comunque manifestarsi nel corso del giudizio e quest'ultimo concludersi in un senso sfavorevole alla parte interessata. Indagando gli specifici contenuti della presentazione istituzionale dei richiamati istituti, si è inoltre avuto modo di osservare come - al di là delle evidenti differenze che contraddistinguono tali rimedi e il loro concreto funzionamento - un'attenzione particolare sia dedicata dal giurista alle possibili relazioni tra i rimedi medesimi, ciascuno dei quali non viene infatti rappresentato unicamente nel proprio contesto applicativi ed in funzione specifica dei propri autonomi presupposti, ma anche (ed anzi specialmente) alla luce dei suoi rapporti di concorrenza o esclusione con gli istituti già trattati, sia che si tratti di quelli appartenenti alla sua stessa categoria (sanzioni pecuniarie, religiose, convenzionali, ecc...) ovvero basati su un meccanismo differente (si pensi al confronto reciproco tra i differenti rimedi rivolti in astratto alla repressione della *calumnia*). Ad ulteriore conferma che il punto di riferimento della trattazione gaiana sui rimedi in esame sembra essere costituito - più che dall'indagine specifica dei singoli istituti individualmente considerati - dalla circostanza che essi perseguano (in modi e sotto profili distinti) la medesima finalità processuale consistente nella tutela del buon esito del giudizio di fronte alle potenziali condotte in senso lato temerarie poste in essere dalle parti, al punto che ciò che traspare con maggiore evidenza dalla sintesi degli stessi nel manuale istituzionale è l'immagine di un vero e proprio «sistema» di rimedi differenti ma intimamente correlati sotto il profilo funzionale.

In un secondo momento - e abbandonato il contesto degli istituti esplicitamente ricondotti a siffatta finalità - si è quindi passati ad esaminare più nel dettaglio i meccanismi di garanzia della regolarità del giudizio concretamente predisposti nell'ordina-

mento romano rispetto alla fase preliminare dell'introduzione della lite, nel contesto della quale il generale obiettivo di salvaguardia del processo e del suo corretto svolgimento si risolve naturalmente - in maniera più specifica - nell'esigenza di prevenire o di reprimere a posteriori le eventuali condotte della parte convenuta tendenti a ostacolare o a impedire in radice la corretta esecuzione della chiamata in giudizio e come tali suscettibili di compromettere fin dal principio la regolare instaurazione del rapporto processuale. A questo proposito, si è innanzitutto rilevato come la specifica disciplina del procedimento *per formulas*, che sul punto si colloca in una linea di sostanziale continuità rispetto a quella già vigente nel processo più antico, si caratterizzi - anche in quest'ambito - per la notevole varietà dei rimedi predisposti allo scopo di assicurare la suddetta finalità di garanzia del giudizio, operanti al contempo tanto sul piano della coazione personale nei confronti del *vocatus* (processo decemvirale) quanto su quello della coazione indiretta realizzata piuttosto a livello patrimoniale (ossia minacciando il ricorso all'esecuzione forzata), oltre a differenziarsi nella loro applicazione per la diversa intensità dell'intervento repressivo a seconda della gravità del comportamento ostruzionistico posto in essere dal *vocatus*: più blando ed indiretto nel caso delle condotte di minore intensità (per le quali è normalmente prevista la sola applicazione di una sanzione patrimoniale finalizzata ad indurre indirettamente il convenuto a partecipare al giudizio); più severa ed immediata a fronte delle condotte che impediscono in radice l'instaurazione del giudizio (rispetto alle quali rimangono per converso applicabili i più antichi strumenti della coazione personale). Si è inoltre avuto modo di osservare che, per effetto dell'intervento innovativo della giurisdizione pretoria, guidata e accompagnata dalla riflessione dei *prudentes*, si sia assistito in questo campo a una progressiva trasformazione del sistema di rimedi ereditati sul punto dall'ordinamento civilistico, per effetto della quale alle sanzioni di matrice personalistica caratteristiche di quest'ultimo si sono appunto affiancati nuovi e più moderati strumenti volti alla repressione della contumacia del *vocatus* e incentrati piuttosto sull'esecuzione patrimoniale nei confronti dello stesso (nelle forme caratteristiche della *missio in bona* o della *missio in possessionem*), la cui concreta applicazione all'interno del processo risultava poi ulteriormente differenziata a seconda della connotazione obiettiva o intenzionalmente preordinata dell'indisponibilità del convenuto a partecipare al giudizio (testimoniata nelle fonti dalla contrapposizione

concettuale tra la situazione neutrale corrispondente all'*absentia* e quella dolosa e coscientemente fraudolenta tecnicamente qualificata nei termini della cd. *latitatio*). Al che deve aggiungersi - quale ulteriore conferma della tendenza dell'ordinamento formulare alla differenziazione dei rimedi in base alla varietà delle possibili situazioni impeditive del giudizio - l'ulteriore circostanza che per effetto dell'intervento del pretore si sia assistito in parallelo anche all'introduzione di una serie di rimedi - complementari rispetto a quelli affiancatisi all'ordinamento civilistico - diretti a tener conto delle particolari esigenze di salvaguardia dell'efficacia dell'introduzione del giudizio anche a fronte di condotte eventualmente provenienti da soggetti diversi (come nel caso dei rimedi *in factum* nei confronti del terzo che impedisca alla parte di comparire in giudizio) ovvero del fatto che la chiamata in giudizio fosse stata effettuata con strumenti differenti dalla tradizionale *vocatio* (come nel caso dell'*actio vadimonii deserti* avverso il convenuto che non fosse comparso nella data stabilita). Con l'evidente conseguenza che il complesso sistema delle tutele processuali preposte all'efficacia dell'introduzione del giudizio si arricchiva ulteriormente di strumenti integrativi delle garanzie originarie e si espandeva in tal senso - in virtù e sulla scorta di questi - anche in direzioni notevolmente diverse da quelle inizialmente contemplate - con esclusivo riguardo al rapporto tra le parti - dalla più antica procedura civile.

Proseguendo nella sequenza cronologica prospettata in apertura, ci si è quindi soffermati in modo particolare sulle possibili condotte distorsive del giudizio poste in essere dall'attore - una volta instaurata efficacemente la lite - in sede di concreto esercizio dell'iniziativa processuale e di conseguente definizione dell'oggetto della pretesa, esaminando in questo senso le garanzie individuate nel processo formulare di fronte alle problematiche e ai potenziali inconvenienti derivanti del fenomeno modernamente individuato come domanda parziale o in termini di frazionamento della domanda giudiziale. A questo proposito, una volta chiarito che la fattispecie in esame era oggettivamente nota anche ai giuristi romani, che in essa identificavano la figura tecnica della *minoris petitio*, si è messo in evidenza come il meccanismo giuridico del processo *per formulas* abbia consentito di individuare - rispetto alla stessa - una soluzione tecnica tanto efficace nel disincentivare la scelta di frazionare la lite quanto idonea a realizzare al contempo (a differenza dei rimedi variamente proposti nella ri-

flessione contemporanea) un equilibrato bilanciamento tra i contrapposti interessi sottesi al fenomeno. Tale può infatti considerarsi il risultato derivante dalla potenziale applicazione - nel corso del giudizio promosso dall'attore per ottenere il residuo - dalla cd. *exceptio litis dividuae* di cui Gaio ci informa nel suo manuale, la quale permetteva in effetti - in virtù del suo carattere dilatorio (collegato alla durata del mandato del pretore) e degli effetti consuntivi eventualmente prodotti dal suo accoglimento - di sanzionare efficacemente l'attore che agisse più volte per la medesima pretesa senza tuttavia impedirgli in via generale di ripartire su più giudizi la propria iniziativa, che avrebbe anzi potuto riproporsi validamente e senza conseguenze una volta decorso il termine di efficacia dell'eccezione in parola. Ottenendosi in tal senso di salvaguardare - da un lato - la libertà dell'avente diritto di vedere soddisfatta la propria pretesa (suddivisa in più parti ma pur sempre fondata) e - al tempo stesso - di incentivare il medesimo a promuovere l'azione in unico giudizio per non dover rimandare a un momento successivo e ad un giudice diverso la sua pretesa *de reliquo*. Senza contare che l'operatività del rimedio nelle forme processuali caratteristiche dell'*exceptio*, ossia di una difesa opponibile o meno su iniziativa *vocatus*, avrebbe consentito alle parti di condizionare di volta in volta la sua concreta applicazione a seconda dello specifico assetto dei loro interessi, limitando in concreto l'effetto sanzionatorio potenzialmente connesso al meccanismo in esame alle sole circostanze in cui la scelta del vocante di frazionare la lite apparisse effettivamente idonea a frustrare (eventualmente in mala fede) l'interesse dell'avversario e quello più generale alla massima concentrazione delle iniziative processuali; potendosi per converso escludere gli effetti laddove tale scelta dovesse apparire sostanzialmente corretta o comunque sprovvista di conseguenze lesive nei confronti dell'altra parte.

Da ultimo, il percorso della ricerca si è soffermato sulle possibili conseguenze del comportamento delle parti - e in particolare del *vocatus* - rispetto all'esito conclusivo della vicenda processuale, vale a dire sull'eventualità che la naturale tendenza radicata nel processo a realizzare in natura (ossia in forma specifica) la pretesa dell'attore risultato vittorioso venga in concreto frustrata dalle scelte processuali compiute dall'avversario in sede di attuazione della condanna nei suoi confronti. Preso atto dei rischi collegati in questi termini al principio formulare della necessaria pecuniarietà

della *condemnatio* del giudice, in virtù della quale il convenuto soccombente che non eseguisse spontaneamente il contenuto della sentenza poteva di fatto appropriarsi della *res litigiosa* nonostante la prevalenza dell'interesse avversario, si è così rilevato come un problema fondamentale della procedura formulare fosse quello di assicurare - per quanto possibile - l'effettiva soddisfazione dell'attore vittorioso anche in mancanza di siffatta iniziativa spontanea della parte soccombente, in modo tale da evitare che la mancata collaborazione di quest'ultima al buon esito del giudizio potesse nella sostanza tradursi nella sostanziale inutilità la decisione finale pronunciata dal giudice; specie in assenza di strumenti coattivi di esecuzione in forma specifica paragonabili a quelli operanti nella procedura post-classica come in quella moderna. A partire da siffatta considerazione di fondo circa i rischi connessi alla struttura tecnica del processo *per formulas*, si è poi rilevato come un meccanismo indiretto volto a indurre il soccombente ad eseguire spontaneamente la pretesa avversaria (e quindi per reprimere le scelte opportunistiche di un convenuto abbiente che preferisse assoggettarsi alla condanna in denaro per conseguire la *res* mediante *litis aestimatio*) possa essere individuato nella peculiare struttura delle azioni con formula arbitraria e in particolare nella connessa facoltà riconosciuta dal giudice all'attore vittorioso di determinare autonomamente l'ammontare della condanna - prestando un apposito *iussurandum in litem* - in caso di mancata reintegrazione in natura ad opera del *vocatus*. Non soltanto, infatti, il ricorso a siffatto meccanismo avrebbe rappresentato un rilevante incentivo per la parte soccombente nel senso di attuare per sua volontà i risultati del giudizio (posto che l'adempimento spontaneo dello *iussum restituendi* pronunciato *in iudicio* avrebbe senz'altro comportato la sua assoluzione), ma avrebbe anche assolto ad un'immediata funzione sanzionatoria nella misura in cui l'affidamento all'avversario della stima della lite avrebbe potuto determinare un rilevante incremento della condanna in denaro conseguente al giudizio, colpendo così in forma indiretta la scelta del soccombente (sia pur formalmente legittima) di subire la condanna anziché accettare di soddisfare il vincitore all'esito del giudizio. Il che si traduce evidentemente - sotto il profilo funzionale - nell'attuazione di un delicato equilibrio tra l'interesse della parte che può ottenere un vantaggio da simili condotte sostanzialmente incompatibili con le finalità del giudizio e quello dell'avversario (nonché dell'ordinamento complessivamente considerato) a che il processo consegu

esattamente il suo scopo primario con la piena soddisfazione della pretesa azionata.

Ferma restando la rilevata estraneità all'esperienza processuale romana di una compiuta elaborazione delle esigenze sottese all'economia dei giudizi (ed *a fortiori* di un'esplicita concettualizzazione di istanze teoriche tipicamente moderne quali la nozione giuridica di abuso del processo o dei mezzi processuali), si ritiene pertanto che la ricerca condotta nei termini descritti ed appena ripercorsa nei suoi snodi fondamentali abbia consentito di evidenziare - quanto meno a grandi linee - come molte e diverse si rivelino nondimeno le emersioni specifiche di tali istanze processuali nella concreta dimensione del processo *per formulas*. Per quanto in quel sistema la fondamentale esigenza di garantire la regolarità e l'efficacia del giudizio non si sia tradotta in una disciplina unitaria e sistematicamente strutturata, come quella che avrebbe iniziato a delinearsi nel diritto postclassico e in modo particolare nella legislazione giustiniana, si è infatti osservato come numerosi istituti operanti al suo interno o profili specifici della loro applicazione appaiano invero funzionali - più o meno direttamente - a perseguire tale scopo, rendendo evidente come la suddetta esigenza sia stata non solo concretamente avvertita quale obiettivo tendenziale del meccanismo giudiziario, ma abbia anche trovato una specifica attuazione - specie per il tramite dell'intervento del pretore e degli stimoli provenienti dalla riflessione dei *prudentes* - in molteplici forme ed aspetti operativi della regolamentazione del processo. Sia che si tratti, come è apparso talvolta, dell'introduzione di rimedi appositamente preposti a prevenire o sanzionare le condotte delle parti eventualmente disfunzionali alle finalità del giudizio (come nel caso di alcuni tra i rimedi di cui Gaio espressamente si occupa trattando del problema della litigiosità temeraria), sia che la stessa finalità venga piuttosto attuata, come più spesso rilevato, mediante la predisposizione di specifici accorgimenti o correttivi indiretti volti ad indirizzare nel senso desiderato la più ampia disciplina di istituti differenti, condizionando il loro impiego ad opera delle parti in modo tale da assicurare che lo stesso risulti funzionalmente compatibile con l'interesse generale al regolare svolgimento della vicenda del processo e alla compiuta attuazione degli scopi della stessa (come nel caso dei meccanismi processuali posti a garanzia dell'introduzione della lite o di quelli tendenti alla soddisfazione in natura della pretesa azionata). Proprio in ragione del loro carattere indiretto e funzionalmen-

te strumentale, molti dei meccanismi che si sono ricondotti a siffatta finalità di garanzia del processo sono apparsi inoltre efficacemente integrati nella dinamica complessiva della procedura *per formulas*, la cui concreta operatività non ne risulta di conseguenza alterata o altrimenti compromessa nei suoi principi portanti (quali la libertà delle parti di partecipare alla lite o la necessaria pecuniarietà della condanna giudiziale), quanto piuttosto indirizzata nel suo concreto svolgimento verso risultati per quanto possibile compatibili con la più ampia esigenza di economia del processo che rischierebbe altrimenti di rimanerne sacrificata o comunque frustrata nella sua piena attuazione. Non dunque un'immediata imposizione - in forma coattiva - degli obiettivi di natura ordinamentale che si intendono perseguire, ma un indiretto condizionamento dei comportamenti delle parti in un senso funzionale al raggiungimento degli stessi per il tramite di sanzioni ed incentivi giuridici variamente predisposti. Il che appare peraltro aver contribuito in molti casi, nei termini che si sono di volta in volta evidenziati, a determinare un efficace bilanciamento tra l'esigenza generale della tutela del processo nel suo efficiente svolgimento e i contrapposti interessi eventualmente sottesi all'agire delle parti, i quali non vengono integralmente e irreversibilmente soppressi in favore di una generale prevalenza delle istanze processuali, bensì puntualmente conciliati con queste ultime in modo che la convergenza con le stesse risulti più vantaggiosa rispetto al perseguimento di fini diversi e con esse incompatibili (paradigmatico è apparso in tal senso il caso della coazione indiretta dell'esecuzione in natura della pretesa azionata nelle azioni arbitrarie, ma ad analoghe conclusioni si è parimenti ritenuto di poter pervenire anche per diverse altre delle fattispecie processuali che si sono esaminate, come nel caso delle sanzioni patrimoniali dirette per l'introduzione del giudizio o in quello della repressione formulare della scelta dell'attore di frazionare la lite). Un approccio flessibile e indiretto alla problematica di fondo dell'economia del processo che si spera la presente ricerca abbia contribuito almeno in parte a portare in evidenza e che potrebbe idealmente fornire - proprio in ragione della sua mutevole adattabilità diverse situazioni e fattispecie processuali - un angolo di visuale e una prospettiva alternativa (e per ciò stesso originale) anche a fronte delle istanze di garanzia delle medesime esigenze nel diverso contesto dell'esperienza processuale contemporanea.

BIBLIOGRAFIA

- AGUDO RUIZ A., *Las sanciones al litigante temerario en las Instituciones de Gayo*, in *Revista Jurídica de Navarra*, 20 (1995), pp. 155-164
- ALBANESE B., *Il processo privato romano delle legis actiones*, 2, Palermo, 1993
- ALBANESE B., *La sponsio processuale sulla qualifica di vir bonus*, in *SDHI*, 60 (1994), pp. 135-158
- ALBANESE B., voce "Illecito (Storia)", in *Enc. Dir.*, 20, Torino, 1970, pp. 50-90
- ALLORIO E., *Giudicato su domanda parziale*, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, p. 399 ss.
- ALLORIO E., *Pensiero storico e scienza processuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, p. 129 ss.
- ALPA P., CHIASSONI P., PERICU A., PULITINI F., RODOTÀ S., ROMANI F., *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1998
- AMIRANTE L., *Dubbi e riflessioni in tema di iusiurandum in iudicio*, in *Studi Betti*, III, Milano, 1962
- AMIRANTE L., voce "Giuramento (dir. romano)", in *NNDI*, VII, Torino, 1961, pp. 937-942.
- ANDOLINA I., *I presupposti dell'esecuzione forzata in diritto romano*, in *Jus*, 19 (1968), p. 101 ss.
- ANDREĖV M., *Bemerkungen zum römischen Zivilprozessrecht*, in *ZSS*, 89 (1972), p. 334 ss.
- ANDREEV M., *Le serment necessaire dans le droit romain classique*, in *Ann. Univ. Sofia*, 1945-46, pp. 1-76
- ANKUM H., *Actions by Which We Claim a hing (res) and a Penalty (poena) in Classical Roman Law*, in *BIDR*, 24 (1982), p. 15 ss.
- ANKUM H., *Denegatio actionis*, in *ZSS*, 102 (1985), pp. 453-469
- ANSANELLI V., *Rilievi minimi in tema di abuso del processo*, in *Nuov.giur.com.*, 2001, p. 502
- ANSANELLI V., voce "Abuso del processo", in *Dig. Disc. Priv.*, IV, III, Roma, 2007, p. 1 ss.
- ARANGIO-RUIZ V., GUARINO A., *Breviarium Iuris Romani*, VIII, Milano, 1998
- ARANGIO-RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*, XIV, Napoli, 1985
- ARANGIO-RUIZ V., *Le formule con «demonstratio» e la loro origine*, in *Studi economico-giuridici editi per cura della Facoltà di Giurisprudenza di Cagliari*, 1912, p. 75
- ARANGIO-RUIZ V., *Il processo di Giusta*, in *St. Epigr. e Papir.*, 1974, p. 334 ss.
- ARNÒ C., *Responsabilità per ficta possessio*, Torino, 1940
- ATTARDI A., *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 475
- AULETTA F., *Una lezione di analisi economica del diritto processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, p. 633 ss.
- BACHOFEN J.J., *Das nexum, die nexi und die lex Petillia: eine rechtshistorische Abhandlung*, Neukirch, 1843
- BARREIRO A., *Etica de las relaciones procesales romanas: recursos sancionadores del ilicito procesal*, in *Sem. Compl.*, I, 1989, p. 73 ss.
- BASSU G., *La questione della responsabilità del giudice*, Sassari, 1985
- BEHRENDTS O., *Der Zwölftafelprozess. Zur Geschichte des römischen Obligationsrechts*, Göttingen, 1974
- BEKKER E.I., *Die prozessualische Konsumtion im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1853
- BELLODI-ANSALONI A., *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem*, Milano, 1998
- BERTOLINI C., *Il giuramento nel diritto privato romano*, Roma, 1886
- BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920
- BESELER G., *Unklassische Wörter*, in *ZSS*, 56 (1936), p. 39 ss.
- BETANCOURT F., *La defensa pretoria del missus in possessionem*, in *AHDE*, 52 (1982), p. 373 ss.
- BETHMANN-HOLLWEG M.A., *Der römische civilprozeß, I. Legis Actiones*, Bonn, 1864
- BETTI E., *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *Arch. Giur. F. Serafini*, 1928, p. 129 ss.
- BETTI E., *Diritto romano. I: Parte Generale*, Padova, 1935

- BETTI E., *L'antitesi storica tra judicare (pronuntiatio) e damnare (condemnatio) nello svolgimento del processo romano (con un tentativo di ricostruzione delle formulae delle actiones ex delicto)*, in *RISG*, 56 (1915), p. 1 ss.
- BETTI E., *L'effetto della "confessio" e della "infitiatio certae pecuniae" nel processo civile romano*, in *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, 50, 1914-1915, p. 101 ss.
- BETTI E., *La dogmatica moderna nella storia del diritto e della cultura*, in *Jus*, 13 (1962), p. 319 ss.
- BETTI E., *Le actiones ex confessione in iure nel processo romano classico*, in *Atti Ist. Veneto*, 74 (1914-15)
- BETTI E., *Ragione e azione*, in *Riv. dir. proc.*, 1932, p. 220 ss.;
- BETTI E., *Studi sulla litis aestimatio nel processo civile romano*, I, Pavia, 1915
- BIANCHI E., *Appunti minimi in tema di 'infamia' dell'attore nel regime pretorio*, in *TSDP*, 6 (2013), pp. 1-23
- BIANCHI E., *La temerarietà nelle istituzioni di Gaio (4, 171-182)*, in *SDHI*, 67, (2001), p. 239 ss.
- BIONDI B., *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, Palermo, 1913
- BIONDI B., *Studi sulle actiones arbitrarie e l'arbitrium iudicis*, Milano, 1912
- BIONDI B., *Sulla dottrina romana dell'actio arbitraria*, in *AUPA*, 1 (1916), p. 20
- BISCARDI A., *Azione e rapporto processuale nel sistema formulare classico*, in *Riv. dir. proc.*, 20 (1965), p. 325 ss.
- BLANK H., *Condemnatio pecuniaria und Sachzugriff*, in *ZSS*, 99 (1982), p. 306 ss.
- BOHACEK M., *Un esempio dell'insegnamento di Berito ai Compilatori*, in *Studi Riccobono*, Palermo, 1936, p. 351
- BÖHM J., *Die missio in bona cum effectu venditionis*, in *Jur. Diss.*, Berlin, 1908
- BONFANTE P., *Criterio fondamentale dei rapporti di vicinanza*, in *Riv. dir. civ.*, 3 (1911), pp. 517-561
- BONFANTE P., *Storia del diritto romano*, Milano, 1934
- BONIFACIO F., *In quod ad actiones pertinet*, in *Studi Betti*, II, 1962, p. 110 ss.
- BONIFACIO F., voce "*Exceptio litis dividuae et rei residuae*", in *NNDI*, VI, Torino, 1960, p. 1081
- BONIFACIO F., voce "*Infitiatio*", in *NNDI*, VIII, Torino, 1962, p. 655 ss.
- BONINI R., *Il titolo «de poena temere litigantium» (4,16) delle Istituzioni giustinianee*, in *Arch. Giur.*, XLV (1969), p. 27 ss.
- BOVE L., *Documenti processuali dalle tabulae pompeiane di Murecine*, Napoli, 1979
- BOYE A.J., *Pro Pretoria Iusta*, in *Mel. Levy-Bruhl*, Paris, 1959, p. 37 ss.
- BRASIELLO U., voce "*Calunnia (diritto romano)*", in *Enc. Dir.*, 5, Milano, 1959, p. 814 ss.
- BRASIELLO, *Problemi di diritto romano esegeticamente valutati*, I, Bologna, 1954
- BROGGINI G., *Sulle origini del iusiurandum in litem*, Milano, 1960
- BROGGINI G., *Vindex und iudex*, in *ZSS*, 76 (1959), p. 113 ss.
- BROGGINI G., *Iudex arbiterve: Prolegomena zum officium des römischen Privatrechts*, Köln-Graz, 1957
- BRUNS C.G GRADENWITZ O., *Fontes Iuris Romani Antiqui*, 7 Ed., Tübingen, 1909
- BRUTTI M., *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, Milano, 1973
- BUCCI A., SOLDI A.M., *Le nuove riforme del processo civile*, Padova, 2009
- BUCKLAND W.W., *Exceptio rei residuae*, in *RIDA*, 11, (1932), p. 301 ss.
- BUONAMICI F., *La storia della procedura civile romana*, Pisa, 1866
- BURDESE A., *Sulla condanna pecuniaria nel diritto romano*, in *Sem. Compl.*, 1989, I, p. 175 ss.
- BURDESE A., *Sulla responsabilità del iudex privatus nel processo formulare*, in *Diritto e processo nell'esperienza romana*, Napoli, 1994, p. 153 ss.
- BURDESE A., voce "*Exceptio doli (diritto romano)*", in *NNDI*, VI, Torino, 1960, p. 1074 ss.
- BÜRGE A., *Geld- und Naturalwirtschaft im vorklassischen und klassischen römischen Recht*, in *ZSS*, 99 (1982), p. 128 ss.
- BÜRGE A., *Zum Edikt de edendo*, in *ZSS*, 112 (1995), p. 1 ss.
- BUTI I., *Il «praetor» e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli, 1984
- BUZZACCHI C., *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano, 2002.
- BUZZACCHI C., *Omnia iudicia absolutoria esse: il secondo paradosso del processo civile romano in Il giudice privato nel processo civile romano*, Padova, 2012

- BUZZACCHI C., *Sanzioni processuali nelle Istituzioni di Gaio: una mappa narrativa per Gai. Inst. 4.171-172*, in LED - Rivista di diritto romano, 2011
- BUZZACCHI C., *Studi sull'actio iudicati*, Milano, 1966
- CALAMANDREI P., *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, in *Studi sul Processo Civile*, II, Padova, 1957, p. 321 ss.
- CALAMANDREI P., *Sul c giuramento necessario*, Padova, 1940
- CALORE A., *Il giuramento: un modello storiografico?*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXIII, 2, 1993, pp. 509-523
- CAMIÑAS G.J., *Ensayo de reconstrucción del título IX del Edicto Perpetuo de Calumniatoribus*, Santiago de Compostela, 1994
- CAMIÑAS G.J., *Le crimen caulmniae dans la lex Remnia de calumniatoribus*, in RIDA, 37 (1990)
- CAMIÑAS J., *La lex Remnia de calumniatoribus*, Santiago de Compostela, 1984
- CANNATA C.A., *Corso di Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2001
- CANNATA C.A., *Omnia iudicia absolutoria esse*, in *Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico - In memoria di A. Biscardi*, 2011, p. 68 ss.
- CANNATA C.A., *Profilo istituzionale del processo civile romano*, Torino, 1982
- CANNATA C.A., *Sul testo originale della lex Aquilia: premesse e ricostruzione del primo capo*, in SDHI, 58 (1992), p. 35 ss.
- CANNATA C.A., *Violenza fittizia e violenza reale nelle strutture primigenie del processo privato romano*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, Milano, 1983
- CANTARELLA E., *Il "minus petere" e le sue conseguenze nel processo formulare*, in SDHI, 35 (1969), pp. 99-134
- CARCATERRA A., *Sei kalvitur pedemve struit, manum endo iacito (significato superficiale / significato profondo)*, in SDHI, 41 (1975), p. 159 ss.
- CARDILLI R., *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Napoli, 2016
- CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, Napoli, 1958
- CARNELUTTI F., *Giudicato implicito in tema di liquidazione del danno*, in Riv. dir. proc., 1957, p. 629
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, V, Roma, 1951,
- CARRATTA A., *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del "giudicato implicito"*, in Giur. it., 2009, p. 1460 ss.
- CARRELLI E., *Ancora sull'origine della "bonorum venditio"*, in SDHI, 10 (1944), p. 302 ss.
- CARRELLI E., *L'acquisto della proprietà per litis aestimatio nel processo civile romano*, Milano, 1934
- CARRELLI E., *Per un'ipotesi sull'origine della "bonorum venditio"*, in SDHI, 4 (1938), p. 429 ss.
- CARRELLI E., *La genesi del procedimento formulare*, Milano, 1946
- CENDERELLI A., *Scritti romanistici*, Milano, 2011
- CENTOLA A., *Il crimen calumniae. Contributo allo studio del processo criminale romano*, Napoli, 1999
- CENTOLA A., *La disciplina della condotta vessatoria delle parti nel processo romano*, in TSDP, 5 (2012), pp. 1-72
- CERINO CANOVA A., *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Comm. del Codice di procedura civile*, I, Torino, 1980, p. 107 ss.
- CERINO CANOVA A., *Unicità del diritto e del processo di risarcimento*, in Riv. it. dir. lav., 1986, II, p. 455
- CERVENCA G., *Studi vari sulla restitutio in integrum*, Milano, 1964
- CHIAVARIO M., *Garanzia ed efficienza della giustizia penale*, Torino, 1998
- CHIAZZESE L. (pubblicata a cura di B. ALBANESE), *Jusiurandum in litem*, Milano, 1958
- CHIOVENDA G., *La condanna alle spese giudiziali*, II, Roma, 1935
- CHIOVENDA G., *Le spese del processo civile romano*, in BIDR, 7 (1894), p. 275 ss.
- CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione*, Napoli, 1965
- CIAMPI S., *L'informazione dell'indagato nel procedimento penale*, Milano, 2010
- CIMMA R., *De non numerata pecunia*, Milano, 1984
- COLESANTI V., voce "Litispendenza", in NNDI, IX, Torino, 1963, p. 976 ss.

- COLOMBO G., *Sapiens aequitas: l'equità nella riflessione canonistica tra i due codici*, Roma, 2003
- COMOGLIO L., *Il principio di economia processuale*, Padova, voll. I e II, 1980-1982
- COMOGLIO L., *Requiem per un processo giusto*, in *Nuova Giur. Civ. Commentata*, 2013, p. 246 ss.
- CONSOLO C., *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 45 (1990), p. 386 ss.
- CONSOLO C., *Note problematiche e no sui limiti oggettivi del giudicato civile*, in *Foro it.*, 1987, p. 446 ss.
- CONSOLO C., *Oggetto del giudicato e principio dispositivo, I, Dei limiti oggettivi del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 215 ss.
- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 6, Padova, 2008
- CONSOLO C., voce “*Domanda giudiziale*”, in *Dig. disc. priv.*, 7, Torino, 1991, p. 72 ss.
- CORDOPATRI F., *L'abuso del processo e la condanna alle spese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 249 ss.
- CORDOPATRI F., *L'abuso del processo*, Padova, 2000
- CORTESE E., voce «*Contumacia (diritto romano)*», in *Enc. Dir.*, X, Torino, 1962, p. 448
- COSENTINI C., *Sui limiti dell'applicabilità della bonorum distractio ex edicto*, in *SDHI*, 11 (1945), p. 1 ss.
- COSSIGNANI F., *Frazionamento del credito e abuso del processo: panorama giurisprudenziale*, in *Euroconference Settimanale sul processo civile*, 2015, p. 1 ss.
- COSTA E., *Cicerone giureconsulto II*, Roma, 1964, p. 47
- COSTA E., *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, 1918
- CRAWFORD M.H., *Roman Statutes*, I, London, 1996
- CUGIA S., *Un caso tipico di responsabilità oggettiva*, in *Scritti in onore di C. Ferrini*, Milano, 1946,
- CURSI M.F., *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano, 2002
- D'ADAMO, *Contributo allo studio della contumacia nel processo civile*, Milano, 2012
- D'AMATI L., “*Litem deserere*”, in L. Garofalo (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano*, Padova, 2012
- D'AMATI L., *L'inattività del convenuto nel processo formulare. 'Indefensio', 'Absentia' e 'Latitatio'*, Napoli, 2016
- D'AMATI L., *Sulla cooperazione del convenuto nel processo formulare*, in “*Actio in rem*” e “*actio in personam*”: in ricordo di Mario Talamanca, Padova, 2011, p. 855
- D'ANTONI M., *L'analisi economia del contenzioso civile*, in *Pol. Dir.*, 2005.
- DALLA BONTÀ S., *Una "benefica inquietudine". Note comparate in tema di oggetto del giudicato nella giurisprudenza alla luce delle tesi zeuneriane*, in *Il giusto processo civile*, 2011, p. 891 ss.
- DALLA MASSARA T., *Eccezione di dolo generale, exceptio litis dividuae e domanda frazionata*, in L. GAROFALO (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, Padova, 2006
- DALLA MASSARA T., *Frazionabilità della domanda principio di buona fede*, in “*Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica e storica contemporanea*” - *Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2001, p. 430
- DALLA MASSARA T., *In tema di domanda parziale: 46.8.4*, in *Studii in onore di Luigi Labruna*, II, Napoli, 2007, p. 1287 ss.
- DALLA MASSARA T., *La domanda frazionata e il suo contrasto con in principi di buona fede e correttezza: un ripensamento delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, pp. 351 ss.
- DAUBE, “*Exceptio litis dividuae*” in 12,1,13,1, in *RIDA*, III, 6 (1959), p. 313 ss.
- DAUBE, *Money and Justiciability*, in *ZSS*, 96 (1979), p. 290 ss.
- DE BERNARDI M., *L'“officium iudicis” nella azione arbitraria di rivendica: Appunti delle lezioni*, Milano, 1997.
- DE CRISTOFARO M., *Doveri di buona fede ed abuso degli strumenti processuali*, in *Il Giusto processo civile*, 2009, p. 1017 ss.

- DE CRISTOFARO M., *Infraczione del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 342 ss.
- DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979, p. 295 ss.
- DE FRANCESCO A., *Autodifesa privata e iniuria nelle XII Tavole*, in M. HUMBERT (a cura di), *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, I, Pavia, 2005, pp. 415-440
- DE FRANCISCI F., *Translatio dominii: Note introduttive*, Milano, 1921, p. 17 ss.
- DE FRANCISCI M., *Questioni di metodo*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, I, Palermo, 1936
- DE MARTINIS P., *La responsabilità del promittente nella prelazione volontaria*, Milano, 2012
- DE MARTINO F., “*Litem suam facere*”, in *BIDR*, 91 (1988), pp. 1-36
- DE MARTINO F., *Individualismo e diritto romano privato*, in *Ann. Comp. St. Leg.*, XVI, 1941
- DE MARTINO F., *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937
- DE SIMONE M., *D 8.5.6.2: arbitratus de restituendo e refectio parietis nell’actio de servitute oneris ferendi*, in *AUPA*, 45 (1998), p. 205 ss.
- DE SIMONE M., *Litis aestimatio e actio pignoratitia in rem. A proposito di 20.1.21.3*, Torino, 2006
- DE SIMONE M., *Vas appellatur qui pro altero vadimonium promittebat: Per una lettura di Varro, de Lingua. Latina, 6.74*, in *AUPA*, 53 (2009), pp. 163-222
- DE STEFANO, *Note sull’abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 582 ss.
- DE VISSCHER F., *Le régime romain de la noxalité*, Bruxelles, 1947
- DE ZULUETA F., *The Institutes of Gaius*, II, Oxford, 1953
- DEMELIUS G., *Die confessio in iure im römischen Civilprozess*, Graz, 1880
- DEMELIUS G., *Schiedseid und Beweiseid im römischen Civilprozess*, Leipzig, 1887
- DEGENKOLB H., *Einlassungszwang und Urteilsnorm*, Leipzig, 1877
- DENTI V., voce “*Processo*”, in *Enc. delle scienze sociali*, Roma, 1997.
- DEZZA E., *Geschichte des Strafprozessrechts in der Frühen Neuzeit: Eine Einführung*, Padova, 2013
- DI LELLA L., *Formulae ficticiae; contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*, Napoli, 1984, p. 122 ss.
- DI PAOLA S., *Confessio in iure*, Milano, 1952
- DONADIO N., *Vadimonium e contendere in iure*, Milano, 2011
- DONADIO N., *Vadimonium e contendere in iure*, Milano, 2011, p. 354 ss.
- DONAIUTI A., *Iustus, iuse, iustitia nel linguaggio dei giuristi classici*, in *Ann. Univ. Perugia* 33 (1921), p. 30
- DONDI A., GIUSSANI A., *Appunti sul problema dell’abuso nel processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, p. 193 ss.
- DRAUB G., *Die Teilklage*, Breslau, 1930
- DÜLL R., *Rez. De Robertis, La espropriazione per pubblica utilità nel diritto romano*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 66 (1938), p. 341 ss.
- DÜLL R., *Über Textconjekturen zu Gaius Veronensis und zur Frage der Zwangsenteignung im römischen Formularprozess*, in *ZSS*, 96 (1979), p. 290 ss.
- ECKERMAN J.P., *Conversazioni con Goethe negli ultimi anni della sua vita*, tra it. a cura di A. VIGLIANI, Torino, 2008, p. 265
- EHRHARDT A., *Litis aestimatio im römischen Formularprozess*, München, 1934
- ELSENER U.S., *Les racines romanistes de l’interdiction de l’abus de droit*, Neuchâtel, 2000.
- ENGELMANN H.R., *Die Voraussetzungen der missio in bona rei servandae causae*, Stuttgart, 1911
- ERNOUT A., MEILLET A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, 1951
- F. NAEF, *Per l’effettività della giustizia civile. Spunti per una discussione de lege ferenda*, in *Nuova Riv. di dir. comm. e proc.*, p. 63 ss.
- FALCHI G., *Ricerche sulla legittimazione passiva nelle azioni nossali*, Milano, 1973
- FALCONE G., *Appunti sul IV Commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino, 2003, pp. 141 ss.
- FANTACCHIOTTI M., *Profili sostanziali: le infrazioni disciplinari e le relative sanzioni*, in *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, Milano, 2010.
- FERCIA R., *Litem suam facere da Adriano ai Severi*, in *Diritto@Storia*, X (2011-2012).
- FERNANDEZ BARREIRO A., *Autorización pretoria para la in ius vocatio*, in *SDHI*, 37 (1971), p. 264

- FERNANDEZ BARREIRO A., *La frustración de la comparecencia por intervención de un tercero*, Santiago de Compostela, 1972
- FERRARI G., *Appunti in tema di vadimonium nel processo per legis actiones*, Modena, 1956
- FERRINI C., *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *BIDR*, 13 (1901), p. 101 ss.
- FINO M.A., *Recte agere potes. Contributo allo studio e al recupero di una prospettiva dei giuristi romani in tema di processo*, in *Idee romane in tema di giurisdizione. Alle radici del diritto europeo oltre la tradizione romanistica*, Napoli, 2012, p. 1 ss.
- FINOCCHIARO G., *Negoziato e rapporto giuridico processuale*, Torino, 1971
- FIORI R., *Le formule dell'actio iniuriarum*, Roma, 2004
- FITTIPALDI O., *Clausola generale di buona fede e Infrazionabilità della pretesa creditizia rimasta inadempita*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 541 ss.
- FLINIAUX G., *Le Vadimonium*, Paris, 1908
- FORCELLINI E., *Totius Latinitatis Lexicon*, Padova, 1926 (rist. 1965)
- FRANCAVILLA, MASTROBERNARDINO P., *Lite temeraria: abuso del processo e responsabilità processuale aggravata; Profili applicativi e aspetti critici anche nella prospettiva comunitaria*, Matelica, 2014
- GALLET L., *Essai sur le Sénatus-Consulte "de Asclepiade Sociisque"*, in *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, 16 (1937), p. 407 ss.
- GAMBARO A., *Abuso del diritto. II. Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988
- GAMBARO A., *Nota a Trib. Torino, 13 giugno 1983*, in *Resp. Civ. e prev.*, 1983, p. 815 ss.
- GAROFALO L. (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti in onore del Professor Alberto Burdese*, Padova 2003
- GAROFALO L., *L'eccezione di dolo generale*, Padova, 2006
- GEORGIADIS S., *Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht*, München, 1967
- GHIRGA M.F., *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012
- GHIRGA M.F., *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio dell'abuso dell'azione giudiziale*, Torino, 2004
- GIACHI C., *Storia dell'editto e struttura del processo in età pre-adrianea. Un'ipotesi di lavoro*, in *Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico, Atti del convegno interazionale di Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001*, in *LED - Rivista di diritto romano*, Torino, 2002, pp. 1-17
- GIFFARD A., *La confessio in iure etudiee spécialement dans la procedure formulaire*, Paris, 1900
- GIFFARD A., *Leçons sur la procédure civil romaine*, Parigi, 1932
- GIOFFREDI C., *Aspetti della sistematica gaiana*, in *Nuovi Studi di diritto greco e romano*, Roma, 1980, p. 243 ss.
- GIOFFREDI C., *Su l'origine della condemnatio pecuniaria e la struttura del processo romano*, Roma, 1946
- GIOMARO A.M., *Cautiones iudiciales e officium iudicis*, Milano, 1982
- GIOMARO A.M., *La scelta del mezzo giudiziale in ipotesi di temerarietà della lite «ex parte actoris»*, in *Studi Urbinati*, 49 (2001-2002), p. 195 ss.
- GIOMARO A.M., *Per lo studio della calunnia: Aspetti di deontologia processuale in Roma antica*, Torino, 2003
- GIONFRIDA G., *Appunti sulla connessione e continenza di cause*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, p. 130 ss.
- GIUFFRÈ V., *La traccia di Quinto Mucio: Studio su diritto civile e diritto onorario*, Napoli, 1993
- GIUFFRÈ V., *Le origini della bonorum venditio come esecuzione patrimoniale*, in *Labeo*, 39 (1993), p. 331
- GOLDSCHMIDT J., *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin, 1925
- GOMEZ-IGLESIAS-CASAL A., *Citaciòn y comparecencia en el procedimiento formulario romano*, Santiago de Compostela, 1984
- GONZÁLEZ ROLDÁN Y., *Dolo desinere possidere fra editto del pretore e scienza giuridica*, Bari, 2010
- GONZALEZ ROLDAN Y., *Il Senatoconsulto 'Giuvenziano'*, in *SDHI*, 72 (2006), p. 197 ss.
- GRADENWITZ O., *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, Berolini, 1803

- GRADI M., *Il divieto di reticenza e di menzogna delle parti nel processo civile*, in *Diritto e Formazione*, 5 (2009), p. 793 ss.
- GRADI M., *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della «terza via»*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 826 ss.
- GRADI M., *Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile*, in *Lo Sguardo - Rivista di filosofia*, 8 (2012), p. 95 ss.
- GRASSO E., *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 21 (1966), p. 580 ss.
- GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2005
- GROSSO C., voce “*Abuso del diritto (diritto romano)*”, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 161-163
- GUARINO A., *Il diritto e l'azione nell'esperienza romana*, in *St. Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 1953, pp. 389-406
- GUARINO A., *In tema di «praetoriae stipulationes»*, Roma, 1943
- GUARINO A., *L'esperienza di Roma nello studio del diritto*, in *Pagine di diritto romano*, Napoli, 1993
- GUARINO A., *La formazione dell'editto perpetuo*, in *A.N.R.W.*, II, 13 (1980), p. 62 ss.
- GULINA G., *Contributo allo studio della satisfactio pro praede litis et vindictiarum*, in *AUPA*, 56 (2013), p. 67 ss.
- HACKL K., *Das Preiudicium im klassischen römischen Recht*, Salzburg, 1976
- HELLWIG K., *Anspruch und Klagrecht. Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozessrecht*, Leipzig, 1910
- HELLWIG K., *System des deutschen Zivilprozessrecht*, Leipzig, 1910
- HENKEL W., *Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess*, Heidelberg, 1961
- HEUMANN B., SECKL A., *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechtes*, Jena, 1879
- HUMBERT M., *Le Dodici Tavole - Dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia, 2005, p. 418 ss.
- HUSCHKE P., *Iurisprudentiae Antejustinianae quae supersunt*, Lipsiae, 1886
- HUSCHKE P.E., *Über das Recht des Nexums und das alte römischen Schuldrecht: eine rechtshistorische Untersuchung*, Leipzig, 1846
- IMPALLOMENI C., *La “denegatio actionis” e l’“exceptio” in diritto romano in relazione con l'eccezione rilevabile e non rilevabile d'ufficio in diritto moderno*, in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, p. 633 ss.
- IRTI N., *Introduzione allo studio del diritto privato*, Torino, 1974
- JAUBERT M.P., *La «temeritas» et l'abus des droits en droit romain*, in *RIDA*, 15 (1968), p. 516 ss.
- JHERING R., *Der Zweck im Recht*, I, Leipzig, 1916
- JHERING R., *Geist des römischen Rechts*, 5 Ed., I, Leipzig, 1891
- JHERING R., *Reich und Arm im altrömischen Zivilprozess*, in *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig, 1909
- JOSSERAND P., *De l'ésprit des droits et de leur relativité, Théorie dit de l'abus de droit*, Paris, 1939
- KADEN E.H., *L. Amirante, Il giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formule*, in *ZSS*, 73 (1956), p. 433 ss.
- KARLOWA O., *Beiträge zur Geschichte des römischen Zivilprozessrecht*, Bonn, 1865
- KASER M., ‘*Ius honorarium*’ und ‘*Ius civile*’, in *ZSS*, 101 (1984), p. 1 ss.
- KASER M., *Das altrömische Ius: Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949
- KASER M., *Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch*, I, München, 1971
- KASER M., HACKL K., *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996
- KASER M., *Infama und ignominia in den römischen Rechtsquellen*, in *ZSS*, 73 (1956), p. 228 ss.
- KASER M., *Nochmals über Besitz und Verschulden bei den 'actiones in rem'*, in *ZSS*, 98 (1981), pp. 77-146
- KASER M., *Prätor und Judex im römischen Zivilprozeß*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 33 (1965), p. 95 ss.
- KASER M., *Quanti ea res est: Studien zur methode der litisästimation im klassischen römischen recht*, in *Münchener Beiträge zur Papyrusforschung*, München, 1936, p. 49-229
- KASER M., *Restituere als Prozessgegenstand: Die Wirkungen der litis contestatio auf den Leistungsgegenstand im römischen Prozessrecht*, München, 1968
- KASER M., *Typisierter dolus im altrömischen Recht*, in *BIDR*, 46 (1962), pp. 79-104

- KASER M., *Unmittelbare Vollstreckbarkeit und Bürgenregreß*, in ZSS, 100 (1983), p. 133 ss.
- KASER M., *Zum Ius honorarium*, in ZSS, 101 (1981), pp. 1-114
- KAUFMANN H., *Zur Geschichte des aktionenrechtlichen Denkens*, in *Juristenzeitung*, 19 (1964), p. 482 ss.
- KELLER F.L., *Der römische Civilprozess und die Aktionen in summarischer Darstellung*, Leipzig, 1883
- KELLER F.L., *Über die Litiscontestatio und Urtheil nach klassischem römischem Recht*, Zürich, 1827
- KELLY J.M., *Roman Litigation*, Oxford, 1966
- KINDLER M., *Affectionis aestimatio: Vom Ursprung des Affektionsinteresses im römischen Recht und seiner Rezeption*, Berlin, 2012
- KIPP T., *Über dilatorische und peremptorische Exzeptionen*, in ZSS, 42 (1921), p. 328 ss.
- KLEIN F., *Der Zivilprozess Österreichs*, Mannheim, 1927 [rist. Aalen, 1970]
- KLEINEDAM F., *Die Personalexekution der XII Tafeln*, Breslau, 1904
- KOCOUREK A., *The formula procedure of Roman Law*, in *Virginia Law Review*, 8 (1922), pp. 337-355
- KRÜGER P., STUEMUND G., *Gai Institutiones secundum Codicis Veronensis Apographum Studemundianum et reliquias in Aegypto repertas*, 2. E, Berlin, 1923
- KUHN R., *Die Teilklage und Restklage*, Giessen-Leipzig, 1933
- LA ROSA F., *Il vindex nella in jus vocatio e il garante del vadimonium*, in *Studi Betti*, Milano, 1962, pp. 304 ss.
- LA ROSA F., *L'actio iudicati nel diritto romano classico*, Milano, 1963
- LABRUNA L., *Note su eccezione di dolo generale e abuso del diritto nelle vedute dei giuristi classici*, in L. Garofalo (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 2006, pp. 126-137
- LAFFI U., *La lex Rubria de Gallia Cisalpina*, Como, 1986
- LANDAU P., *Bulgarus in Pisa*, in *Honor alit Artes*, Firenze, 2014
- LAURIA M., *Ius civile ius honorarium*, Milano, 1943
- LEMOSSÉ M., *Etudes romanistiques*, Adosa, 1991
- LENEL O., *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig, 1927 [rist. Aalen, 1985]
- LENEL O., *Die forma der Litiscontestatio im Formularprozess*, in ZSS, 15 (1894), pp. 374-392.
- LENT F., *Gesetzeskonkurrenz im burgerlichen Recht und Zivilprozess*, II, *Die prozessuale Bedeutung der burgerlich-rechtlichen Gesetzeskonkurrenz*, Leipzig, 1916
- LEPRI M.F., *A proposito della cosiddetta indefensio nelle azioni in rem*, in *St. Albertario*, I, Milano, 1953, p. 756 ss.
- LEPRI M.F., *Note sulla natura giuridica delle missiones in possessionem*, Firenze, 1939
- LEVY E., *Die Enteignung des Klagers im Formularprozess*, in ZSS, 42 (1921), p. 511 ss.
- LEVY E., *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, 1962
- LEVY E., *Zur Lehre von den sog. actiones arbitrarie*, in I, *Ges.Schriften*, I, Köln-Graz, 1963
- LEVY P., *Privatstrafe und Schadensersatz im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1915
- LÉVY-BRUHL H., *La denegatio actionis sous la procédure formulaire*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 6 (1924), p. 383 ss.
- LÉVY-BRUHL H., *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, 1960
- LIEBMANN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1980
- LIEBS D., *Die Herkunft der Regel bis de eadem res ne sit actio*, in ZSS, 48 (1967), p. 108 ss.
- LIEBS D., *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht: Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe*, Göttingen, 1972
- LITEWSKY W., *Zwischenbescheide im röm. Prozess*, in *RIDA*, 44 (1997), p. 155 ss.
- LONGCHAMPS DE BÉRIER F., *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino, 2013
- LOVATO A., PULIATTI S., SOLIDORO MARUOTTI L., *Diritto privato romano*, Torino, 2014
- LÜBTOW U., *Der Ediktstitel Quod metus causa gestum erit*, Greifswald, 1932
- LÜBTOW U., *Ursprung und Entwicklung der condemnatio pecuniaria*, in ZSS, 68 (1951), p. 320
- LUCIANI M., *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Riv. Ass. it. cost.*, 4 (2014)
- LUZZATTO G., voce "Eccezione (Diritto romano)", in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1965, p. 135 ss.

- LUZZATTO G., *Le legis actiones*, Bologna 1948
- LUZZATTO G., *Procedura civile romana*, Bologna 1946
- LUZZATTO G., *Vecchie e recenti prospettive sull'origine del processo civile romano*, in *Studi Urbinati*, XXVIII, 1959-60, p. 5 ss.
- LUZZATTO G., *Von der Selbsthilfe zum römischen Prozess*, in *ZSS*, 73 (1956), p. 29 ss.
- MACCORMACK G., *Dolus in Republican Law*, in *BIDR*, 27 (1985), p. 1 ss.
- MAININO G., *Confessio e indefensio nella lex Rubria de Gallia Cisalpina: Spunti per l'interpretazione di un testo legislativo epigrafico*, in *Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico*, Milano, 2011
- MAININO G., *Studi sul Caput XXI della lex Rubria della Gallia Cisalpina*, in *LED - Rivista di diritto romano*, Milano, 2012, p. 148
- MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile*, I - *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2009
- MANDRIOLI C., *Diritto processuale*, I, Torino, 2009
- MANFREDINI A., *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano, 1977
- MANTHE U., *Stilistische Gemeinsamkeiten in den Fachsprachen der Juristen und Auguren der rom. Rep.*, in *Der Stilbegriff in den Altertumswissenschaften*, 1993, p. 72 e nt. 8.
- MANTOVANI D., *Le formulae del processo privato romano: per la didattica delle istituzioni di diritto romano*, Como, 1992
- MARCHESI A.R., *Delle orazioni scelte di M. Tullio Cicerone*, I - *Le orazioni di genere giudiziale*, Napoli, 1860
- MARCHI A., *Il giuramento in lite e la stima della cosa perita nei giudizi di stretto diritto*, in *St. Scialoja*, I, Milano, 1905, p. 165 ss.
- MARENGO R., *Parcellizzazione della domanda e nullità dell'atto - Nota a margine di Cass. SS.UU., n. 108/2000*, in *Giust. Civ.*, 2000, p. 2265 ss.
- MARINELLI M., *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005
- MARRONE M., *A proposito di perdita dolosa del possesso*, in *St. Biscardi*, VI, Milano, 1987
- MARRONE M., *Actio ad exhibendum*, Palermo, 1958
- MARRONE M., *Dal divieto di agere acta all'auctoritas rei iudicatae. alle radici delle moderne teorie sul giudicato*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Gallo*, II, Napoli, 1997
- MARRONE M., *Exceptio doli generalis e diritti reali*, in L. Garofalo (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 2006, p. 245 ss.
- MARRONE M., *Istituzioni di diritto romano - III: Cose, diritti reali, possesso obbligazioni*, Palermo, 1987
- MARRONE M., *Istituzioni di diritto romano - Ius e fonti del processo*, Palermo, 1984, p. 107 ss.
- MARRONE M., *Scritti giuridici*, II, 2003, p. 738 ss.
- MARRONE M., *Sulla c pronuntiatio del giudice nelle azioni reali*, in *Au-delà des frontières. Mélanges Wolodkiewicz*, Warszawa, 2000, p. 497 ss.
- MARRONE M., *Trasferimento della proprietà della cosa venduta e pagamento del prezzo*, in *AUPA*, 49 (1992), p. 239 ss.
- MARTINI R., *Il problema della causae cognitio pretoria*, Milano, 1960
- MARTINI R., *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966
- MASI DORIA C., *A proposito di limiti e responsabilità nell'attività del magistrato giusdicente nella tarda repubblica, tra il c editto di ritorsione e l'abrogatio iurisdictionis*, in *F.S. fur Liebs*, p. 419
- MAZZACANE A., voce "*Infamia (dir. romano e intermedio)*", in *Enc. Dir.*, XXI, Torino, 1971, p. 382 ss.
- MAZZOLA M.A., *Responsabilità processuale e danno da lite temeraria*, Milano, 2010
- MEDICUS D., *Id quod interest : Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Köln, 1962
- MENCHINI S., *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987
- MERCOGLIANO F., *La condizione giuridica della donna romana*, in *TSDP*, 6 (2011), p. 1 ss.
- MERZ H., *Vom Schikaneverbot zum Rechtsmissbrauch*, in *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1977
- METRO A., *La denegatio actionis*, Milano, 1971

- MINARDI M., *Le trappole nel processo civile: le preclusioni: delle domande dell'attore e del convenuto, delle eccezioni in senso stretto e in senso lato, di merito e di rito, della precisazione e modificazione delle conclusioni, delle allegazioni di fatti principali e secondari, delle argomentazioni difensive, delle istanze istruttorie*, Milano, 2010.
- MINGARDO L., *Processus est actus trium personarum actoris rei iudicis in iudicio contententium*, in P. Moro (a cura di), *Il diritto come processo: Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, Milano, 2012
- MITTEIS L., *Über das Nexum*, in ZSS, 22 (1919), p. 114 ss.
- MOMMSEN T., KRÜGER P., *Corpus Iuris Civilis*, I, 23 E, Berlin, 1963
- MOMMSEN T., *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899
- MONATERI P.G., *Gaio negro. Una ricerca sulle origini multiculturali della tradizione giuridica occidentale*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 9 (2003), p. 58 ss.
- MONATERI P.G., *La scindibilità del giudizio sul "quantum" - nota a Cass.*, 8 luglio 1981, n. 4488, in *Resp. civ. e prev.*, 1982, p. 411 ss.
- MONTANARI M., *Note minime sull'abuso del processo civile*, in *Corr. Giur.*, 2011, pp. 556 e ss.;
- MORTARA L., *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, 1900
- MOZZILLO A., *Contributo allo studio delle stipulationes praetoriae*, Napoli, 1960
- MÜNKS A., *Vom Parteieid zur Parteivernehmung in der Geschichte des Zivilprozesses*, 1992
- MURGA J.L., *Derecho Romano Clasico, II: El Proceso*, Saragoza, 1989
- NABER E., *Observatiunculae de iure Romano*, in *Mnemosyne*, 24 (1896), p. 55 ss.
- NICOSIA G., *Exceptio utilis*, in ZSS, 75 (1958), p. 256 ss.
- NICOSIA G., *Il processo privato romano*, I, Torino, 1986
- NICOSIA G., *La 'manus iniectio': dal regime originario a quello della 'manus iniectio pura'*, in *Atti Copanello - 1992*, Napoli, 1994
- NICOSIA G., *Situazioni di responsabilità nella regolamentazione decemvirale dell'agere, in Forme di responsabilità in età decemvirale*, Napoli, 2008
- NICOTINA A., *L'abuso del diritto nel processo civile*, Roma, 2007
- NICOTRA L., *L'abuso del processo tra regole deontologiche ed esigenze di economia processuale, Seminario in tema «Etica, economia e diritto»*, Genova, 2008
- NIKISCH A., *Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß*, in *AcP*, 154, p. 271 ss.
- HENCKEL W., *Parteilehre und Streitgegenstand*, Heidelberg, 1961
- NOAILLES S., *L'auctoritas dans la loi des Douze Tables*, in *Fas et Ius*, Paris, 1948, p. 169 ss.
- NÖRR K., *Iudicium est actum trium personarum*, Tübingen, 1993
- ORESTANO R., *"Plus petitio" e "in integrum restitutio"*, in *St. Biondi*, 2, Milano, 1965, p. 227 ss.
- ORESTANO R., *«Obligationes» e dialettica*, in *Mélanges Lévy-Bruhl*, Paris, 1959, p. 445 ss.
- ORESTANO R., *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Bologna, 1988
- ORESTANO R., *L'appello civile in diritto romano*, Torino, 1966
- ORESTANO R., SCHNORR VON CAROLSFELD L., voce *"Pluspetitio"*, in *Real-Enc.*, XXI, p. 616
- PACILLI M., *Note in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4 (2010), p. 595 ss.
- PAGENSTECHE M., *Efficacia del giudicato contro il vincitore nel diritto processuale civile germanico*, in *Studi in onore di Giovanni Chiovenda*, Padova, 1927
- PAGLIARO A., *Testo ed esegesi delle XII tavole (I,4)*, in *La critica del testo*, I, 1971, p. 567 ss.
- PALERMO A., *Studi sulla exceptio nel diritto romano classico*, Milano, 1956
- PALMA A., *Il luogo delle regole: Riflessioni sul processo civile romano*, Torino, 2016
- PAOLANTONIO N., voce *"Abuso del processo - dir amministrativo"*, in *Enc. Giur. - Annali*, 2007
- PAOLI J., *Lis infitiando crescit in duplum*, Paris, 1933
- PAOLI U.E., *La "in ius vocatio" dans les comédies de Plaute*, in *Studi Senesi*, 63, pp. 283-304.
- PAPAGNO C., *Contumacia e processo equo*, Milano, 2010
- PARTSCH J., *De l'edit sur l'alienatio iudicii mutandi causa facta*, Ginevra, 1909
- PELLECCHI L., *La praescriptio*, in *Processo, diritto sostanziale e modelli espositivi*, Padova, 2003
- PENNITZ M., *Der «Enteignungsfall» im römischen Recht*, Wien-Köln-Weimar, 1991
- PEPPE L., *Riflessioni intorno all'esecuzione personale in diritto romano*, in *AUPA*, 53 (2009), pp. 115-162
- PERIÑAN GÓMEZ B., *Un estudio sobre la ausencia en Derecho romano: Absentia y postliminium*, Granada, 2000

- PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano*, II, Firenze, 1906-1908
- PEROZZI S., *Il divieto di atti d'emulazione e il regime giustiniano delle acque private*, in *Arch. Giur.*, 53 (1894), p. 350 ss.
- PETRELLA V., *Osservazioni minime in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione e giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 64 (2009), p. 1088 ss.
- PFAFF I., *Zur Lehre der condemnatio pecuniaria im römischen Formularprozess*, Wien, 1902
- PFLUGHAUPT M., *Prozessökonomie: Verfassungsrechtliche Anatomie und Belastbarkeit eines gern bemühten Arguments*, Tübingen, 2011.
- PHILIPPIN A., *Le pacte de constitut*, Paris, 1929
- PICARDI N., *La successione processuale*, Milano, 1964
- PICARDI N., *Le riforme processuali e sociali di Franz Klein*, in *Il giusto processo civile*, 2011
- PICARDI N., *Manuale del processo civile*, Milano, 2010
- PILAR ALVAREZ M., *Origini e presupposti del concorso di creditori a Roma*, in *TSDP*, 4 (2011)
- PINO M., *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in *"Ragion pratica"*, 24 (2005), pp. 161-180.
- POLARA G., *Gai 4.9: Alle radici del principio "adversus infitantes in duplum agimus"*, in *St. Nicosia*, 6, Milano, 2007, p. 195 ss.
- POTHIER R., *Le Pandette disposte in nuovo ordine*, trad. it., Venezia, 1831
- PRODI P., *Il sacramento del potere*, Bologna, 1992
- PROTO PISANI A., *Appunti sul giudicato civile e i suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 45 (1990), p. 387 ss.
- PROVERA G., *Actiones contrariae e sistema contrattuale romano*, in *Labeo*, 1955, p. 356 ss.
- PROVERA G., *Contributi alla teoria dei Iudicia contraria*, Torino 1951
- PROVERA G., *Contributi allo studio del iusiurandum in litem*, Torino, 1953
- PROVERA G., *Diritto ed azione nell'esperienza giuridica romana*, in *St. Biscardi*, 6, Milano, 1983, p. 325 ss.
- PROVERA G., *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino, 1970
- PROVERA G., *Indefensio e legittimazione passiva alla «rei vindicatio»*, in *St. Grosso*, VI, 1974
- PROVERA G., *La pluris petitio nel processo romano, I, la procedura formulare*, Torino, 1958
- PROVERA G., *Una riforma giustiniana in tema di iudicia contraria*, in *LED - Rivista di diritto romano*, 2011, pp. 1-8
- PUGLIESE G., *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939 [rist. Napoli, 2006]
- PUGLIESE G., *Cosa giudicata e sentenza ingiusta nel diritto romano*, in *Conferenze romanistiche*, Milano 1960, p. 225 ss.
- PUGLIESE G., *Il processo civile romano - Le legis actiones*, Roma, 1962
- PUGLIESE G., *Il processo formulare*, I-II, Torino, 1948-1950
- PUGLIESE G., *Istituzioni di diritto romano*, II, Torino, 1991
- PUGLIESE G., *Ius honorarium a Roma ed Equity nei sistemi di common law*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 1105 ss.
- PUGLIESE G., *La litis contestatio nel processo formulare*, in *Scritti Scialoja*, 1979
- PUGLIESE G., *Le legis actiones: Corso di diritto romano - Anno accademico 1961-62*, Roma, 1962
- PUGLIESE G., *Le preuve dans le procès romaine de l'époque classique*, in *Scritti giuridici scelti*, Camerino, 1986
- PUGLIESE G., *Principi teorici e realtà pratica nei processi romani - A proposito di M. Kelly, Roman Litigation*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 35 (1967), pp. 291-303
- PUGLIESE G., voce *"Giudicato civile (storia)"*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1979, p. 762 ss.
- PULIATTI S., *De cuius hereditate agitur. Il regime romano delle successioni*, Torino, 2016, p. 45
- QUADRATO R., *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio*, Napoli, 1979, p. 74 ss.
- QUADRATO R., voce *"Rappresentanza (dir. romano)"*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 419 ss.
- RABER F., *Grundlagen klassischer Injurienansprüche*, Wien, 1969
- RABER F., *Zum 'pretium affectionis'*, in *FS. Herdlitzka*, München-Salzburg, 1972, pp. 207-208
- RAGGI L., *Il metodo della giurisprudenza romana*, Torino, 2007
- RAVAGNANI E., *Identificazione dell'azione, interesse ad agire e giudicato*, in *Giur. it.* 1986, I, p. 383

- RECHBERGER H., *Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Europa*, in *R.L.R.*, pp. 101-110.
- RESENTI E., *Connessione e continenza*, in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, I, Milano, 1962, p. 414 ss.
- REITZI G.O., *Thophili Paraphrasis Justiniani Institutiones*, Amsterdam, 1860
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto (una significativa rimeditazione delle Sezioni Unite)*, in *Corr. Giur.*, 2008, p. 745 ss.
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. civ.*, 1965, I, p. 205 ss.
- RICCI E., voce "Litispendenza", in *Dig. delle Disc. Priv.*, XI, Torino, 1994, p. 64 ss.
- RICCOBONO S., *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, Palermo, 1915
- RICCOBONO S., *La teoria dell'abuso del diritto nella dottrina romana*, in *BIDR*, 46 (1939), p. 1-49;
- RICCOBONO S., *Studi critici sulle fonti del diritto romano*, in *BIDR*, 8 (1895), p. 193 ss.
- RISPOLI A., *La contumacia in procedura civile*, I, Roma, 1904
- ROBBE U., *L'autonomia dell'actio certae creditae pecuniae e la sua autonomia dalla condictio*, Roma, 1941
- ROMANO A., *Condanna in ipsam rem e condanna pecuniaria nella storia del processo romano*, in *Labeo*, 28 (1982), p. 131 ss.
- ROMANO A., *Economia naturale ed economia monetaria nella storia della condanna arcaica*, Milano, 1986
- ROMUALDI G., *Dall'abuso del processo all'abuso del sistema giustizia*, Torino, 2013
- RONCO A., *Azione e frazione: scindibilità in più processi del petitum di condanna fondato su unica causa petendi o su causae petendi dal nucleo comune, ammissibilità delle domande successive alla prima e riflessi oggettivi della cosa giudicata*, in *Giur. it.*, 1998, p. 890
- ROSENBERG L., SCHWAB K.H., GOTTWALD P., *Zivilprozessrecht*, 16, München, 2004
- ROTONDI G., *Bonorum venditio (Lineamenti)*, in *Per il XIV centenario della Codificazione giustiniana*, 1934, p. 131 ss.
- ROTONDI G., *Litiscrescenza e Lex Aquilia*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1922, p. 413 ss.
- ROTONDI M., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 15 (1923), p. 105 ss.
- RUDORFF A., *Über die Litiscrescenz*, in *Zeitschr. für Geschichte und Rechtswissenschaft*, 1848, p. 284 ss.
- SACCONI G., *La pluris petitio nel processo formulare: Contributo allo studio dell'oggetto del processo*, Milano, 1977
- SALVO C., *Lessico di Gaio*, Napoli, 1985
- SANTORO R., *Omnia iudicia absolutoria esse*, in *Scritti minori*, II, Torino, 2009
- SANTORO R., *Potere e azione nell'antico diritto romano*, Palermo, 1967
- SANTUCCI G., *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, 2010
- SANTUCCI G., *La scienza gaia e la strana idea del diritto romano non romano*, in *Europa e diritto privato*, 10 (2007), p. 1057 ss.
- SANTUCCI G., *Potentiores e abusi processuali*, in *Atti Acc. Rom. Cost.*, Napoli, 1996, pp. 325-354
- SANTUCCI G., «*Sub umbra potentium latitare*». *Dinamiche giuridiche e sociali di protezione nel Tardo Antico*, I, Lezione tenuta presso la sede napoletana dell'«Associazione di Studi Tardo-antichi»
- SARGENTI M., *Riflessioni sull'attribuzione dei poteri giurisdizionali a Roma nel passaggio dalla monarchia alla repubblica*, in *St. Donaiuti*, 1973
- SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, II, Padova, 1966
- SATTA S., *Il mistero del processo*, Milano, 1994
- SCARANO USSANI V., *Diritto e politica nell'origine della bonorum distractio ex senatus consulto*, Napoli, 1976
- SCARSELLI G., *Sul c «Abuso del processo»*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1448 ss.
- SCELSI G., *Riflessioni sulla responsabilità civile del giudice*, Napoli, 1979
- SCEVOLA R., *La responsabilità del iudex privatus*, Milano, 2004
- SCHERILLO A., *La "bonorum venditio" come figura di "successio"*, in *Iura*, 4 (1953), p. 205 ss.
- SCHIPANI S., *Zum "iusiurandum in litem" bei den dinglichen Klagen*, in *St. Kaser*, Berlin, 1973

- SCHLOSSMAN *Der vindex bei der in ius vocatio*, in ZSS, 24 (1903), p. 279 ss.
- SCHMIDT E., *Der Zweck des Prozesses und seine Ökonomie*, Frankfurt a. Main, 1973
- SCHMIED A., *Die Grundlehre der Cession nach römischem Recht dargestellt*, I, Braunschweig, 1866
- SCHULZ F., *Classical Roman Law*, Oxford, 1951
- SCHUMANN E., *Die Prozessökonomie als rechtsetisches Prinzip*, in FS Larenz, München, 1973
- SCIALOJA A., *Sulla scindibilità del giudizio di liquidazione del danno*, in *Foro it.*, 1957, 1, p. 93 ss.
- SCIALOJA V., *Procedura civile romana, II: Esercizio e difesa dei diritti*, Roma, 1936
- SCIANDRELLO E., *Ricerche in tema di iudicia contraria*, Napoli, 2017
- SCIORTINO S., *Denegare actionem, decretum, intercessio*, in AUPA, 55 (2012), p. 674 ss.
- SCOZZAFAVA O., voce "Onere", in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 99 ss.
- SECKL E., KUBLER B., *Gai Institutiones*, 7, Stuttgart, 1935
- SEGALA G., *Il principio di economia processuale*, Milano, 2011
- SEGRÉ G., *La clausola restitutoria nelle actiones de servitutibus e le formule delle azioni relative alla servitus oneris ferendi*, in BIDR, 41 (1933), pp. 17-79.
- SELL C., *Von den causis ex quibus infitiatione litiis crescit in duplum*, in *Jahrbücher für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechts*, 1843, II, p. 50 ss.
- SEMERARO G., *Dizionario della lingua latina e di voci moderne*, 2, p. 585,
- SERANGELI C., *C. 7,16,31 e le azioni contro il litigante temerario*, in BIDR, 71 (1968), pp. 199 ss.
- SIMSHÄUSER W., *F.J. Bruna: Lex Rubria*, in ZSS, 93 (1976), pp. 380 ss.
- SOLAZZI S., *Del "iusiurandum in litem": note esegetiche*, Modena, 1900
- SOLAZZI S., *Il concorso dei creditori in diritto romano*, II, Napoli, 1940
- SOLAZZI S., *L'editto «qui absens iudicio defensus non fuerit»*, in *St. Simoncelli*, Napoli, 1917
- SOLAZZI S., *Scritti di diritto romano*, Napoli, 1972
- SOLAZZI S., *Sulla classificazione delle "exceptiones"*, in *Arch. giur.*, 37 (1949), p. 3 ss.
- SPENGLER H., *Studien zur interrogatio in iure*, München, 1994
- STEINWENTER A., *Studien zum römischen Versäumnisverfahren*, München, 1914
- STEINWENTER A., *Vadimonium*, Stuttgart, 1934
- STIEBER F.K., *De bonorum emtione apud veteres Romanos*, I, Lipzeig, 1927
- TAFARO S., *Fideiussor iudicio sistendi causa*, in *Labeo*, 22 (1976), p. 145 ss.
- TAFARO S., *L'interpretatio dei verba quanti ea res est nella giurisprudenza romana*, Napoli, 1980
- TALAMANCA M., *Elementi di diritto privato romano*, Milano, 2013
- TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990
- TALAMANCA M., voce "Processo civile (diritto romano)", in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 9 ss.
- TARUFFO M., "Collateral estoppel" e giudicato sulle questioni, I, in *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 651 ss.
- TARUFFO M., *Elementi per una definizione di «abuso del processo»*, in *Dir. Priv.*, III, 1997
- TAUBENSCHLAG R., *Die condemnatio pecuniaria im Rechte der Papyri*, in *Melanges Levy-Bruhl*, 1959, p. 297 ss.
- THOMAS P., *La Condemnatio in simplum dans les actions quae crescunt in duplum adversus infitiantem*, in *Nouv. Rev. Histor.*, 1903, p. 579 ss.
- TOPPETTI F., *Il risarcimento del danno da lite temeraria*, Milano, 2014
- TORRENT A., *La iurisdictio de los magistrados municipales*, Salamanca, 1970
- TORRENTE A., voce "Eccezione di dolo", in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 218 ss.
- TRANQUILLO G., *Richiesta di adempimento parziale "ex latere creditoris" ed "exceptio doli generalis"*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 367 ss.
- TRONCONE F., *Note minime sul frazionamento del credito a seguito di Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2017, nn. 4090 e 4091*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, 2/2017
- VALENTINI C., *L'impugnazione della parte civile: in mezzo al guado fra la riforma della "Pecorella" e le dichiarazioni di incostituzionalità*, in *Arch. Pen.*, 2, 2013, p. 473 ss.
- VALIÑO ARCOS A., *La aemulatio en el derecho romano: Su examen en sede relaciones de vecindad y de calumnia procesal*, Santiago de Chile, 2002
- VARVARO M., *Gai. 4,163 e la struttura della formula arbitraria*, in AUPA, 55 (2012), p. 170 ss.

- VARVARO M., *Gai. 4,21 e la presunta manus iniectio ex lege Aquilia*, in *AUPA*, 59 (2016), p. 335 ss.
- VARVARO M., *Osservazioni sulla pretesa esistenza di una legis actio per manus iniectioem in relazione al furtum manifestum*, in *St. Nicosia*, I, Milano, 2007
- VÁZNY J., *Osservazioni generali sulla sentenza e la res iudicata*, in *BIDR*, 5 (1939), p. 131 ss.
- VENTURINI C., *La responsabilità del giudice nell'età classica*, in *Index*, 41 (2013), p. 455 ss.
- VERDE G., *Abuso del processo e giurisdizione*, in *Il dir. proc. amm.*, 33 (2015), p. 1138 ss.
- VERDE G., *Sulla "minima unità strutturale" azionabile nel processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 573
- VERONESE B., *Domanda frazionata: rigetto per contrarietà ai principi di buona fede e correttezza*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, p. 810 ss.
- VERONESE B., *L'improponibilità della domanda frazionata: rigetto in rito o in merito?*, in *Obbligazioni e Contratti*, 10, 2009
- VIARO S., *L'arbitratus de restituendo nelle formule del processo civile romano*, Napoli, 2012
- VIARO S., *Note sullo iussum de restituendo nelle azioni arbitrarie*, in *Il giudice privato nel processo civile romano*, II, Padova, 2015, pp. 69 ss.
- VIGNALI G., *Corpo del diritto: Istituzioni*, Napoli, 1857
- VISKI K., *Urteilsbegründung im römischen Zivilprozess*, in *RIDA*, 18 (1971), p. 745 ss.
- VOCI P., *Azioni penali e azioni miste*, in *SDHI*, 64 (1998), pp. 1-46
- VOCI P., *Risarcimento del danno e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939
- VOCI P., voce "Esecuzione forzata (diritto romano)", in *Enc.Dir.*, XV, Milano, 1966, p. 422 ss.
- VOIGT M., *Über das Vadimonium*, Leipzig, 1881
- VOLTERRA E., *Contumacia nei testi giuridici romani*, in *BIDR*, 38 (1930), p. 121 ss.
- VOLTERRA E., voce "Manus", in *NNDI*, X, Torino, 1968, p. 198 ss.
- BULOW O., *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Gießen, 1868
- WACKE A., «Bonam sive malam causam habere». *Le prospettive di successo nel processo civile romano*, in *Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico*,
- WALDE A., HOFFMANN J.B., *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg, 1938
- WALSSAK M., *Konfessio in iure und Defensionverweigerung nach der lex Rubria de Gallia Cisalpina*, München, 1934
- WATSON A., *Iusiurandum in litem in the bonae fidei iudicia*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 34, II (1966), pp. 175-193
- WEIMAR P., *Zum Eigentumsübergang beim Pfandverkauf im klassischen römischen Recht*, in *Mélanges Felix Wubbe*, Zürich, 1993, p. 555 ss.
- WENDT H., *Die Teilklage*, Düsseldorf, 1937
- WENGER L., *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München, 1925
- WENGER L., *Istituzioni di procedura civile romana*, tra a cura di R. Orestano, 1938
- WENGER L., *Zu drei Fragen aus dem römischen Zivil-prozessrechte*, I: *Zur condemnatio pecuniaria*, in *ZSS*, 59 (1939), p. 315 ss.
- WESENER G., *Nichtediktale Einreden*, in *ZSS*, 112 (1995), p. 109 ss.
- WESENER U., voce "Distractio bonorum", in *Realencyclopädie*, Suppl. 9 (1962), p. 27 ss.
- WETZELL G., *Der römische Vindikationsprozess*, 1845, p. 110 ss.
- WIEGAND W., *Plus petitio*, Berlin, 1974
- WIMMER M., *Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten*, Köln, 1995, pp. 113 ss.
- WIMMER M., *Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten*, Köln, 1995, pp. 59 ss.
- WINDSCHEID B., *Lehrbuch des Panektenrechts*, p. 192
- WLASSAK M., *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse*, Wien, rist. 1977
- WLASSAK M., *Die Litiskontestation im Formularprozeß*, in *FS Windscheid*, 1889, p. 53 ss.
- WLASSAK M., *Konfessio in iure und Defensionsweigerung nach der lex Rubria de Gallia Cisalpina*, München, 1934.
- WLASSAK M., *Praescriptio und bedingter Prozess*, in *ZSS*, 33 (1912), p. 119 ss.
- WLASSAK M., *Römische Prozessgesetze*, I-II, Leipzig, 1888-91
- WLASSAK M., voce "Arbitrium", in *Realencyclopädie*, II, 1896, p. 413 ss.
- WOESS F., *Personalexecution und cessio bonorum in römischen Reichsrecht*, in *ZSS*, 43 (1922) p. 487 ss.

- WOLFF H. J., *The Constitutive Effect of In Iure Cessio*, in *Tulane Law Review*, 33 (1959), p. 525 ss.
- WUBBE F., *Der Streitwert bei der Actio Serviana*, in *FS. Kaser*, München 1976
- ZANZUCCHI P., *Vocabolario delle Istituzioni di Gaio*, Torino, 1961
- ZEUNER A., *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*, Tübingen, 1959
- ZEUNER A., *Rechtliches Gehör, materielles Recht und Urteilswirkungen*, Hamburg, 1974
- ZITELMANN F.G., *Rechtskraft bei Teilforderung*, in *Zeitschr. für Zivilprozess*, 8 (1885), p. 254 ss.
- ZUCCOTTI F., *Il giuramento in Grecia e nella Roma pagana: aspetti essenziali e linee di sviluppo*, in *Seminari di storia del diritto dell'Università di Brescia - Il giuramento nel mondo antico*, Milano, 1998
- ZUCCOTTI F., *Omnia iudicia absolutoria esse*, in *L.E.D - Rivista di diritto romano*, II, 2003, pp. 469-497

INDICE DELLE FONTI

A) FONTI GIURIDICHE		4.53	358, nt. 87; 361, nt. 94
		4.55	360
FONTI PREGIUSTINIANEE		4.56	360
		4.57	356, nt. 81
<i>Codex Theodosianus</i>		4.6-9	117
2.18.1	412, nt. 62	4.6.34	354, nt. 77; 358
10.8.5	78	4.9	105; 120; 122
		4.82	80, nt. 24
<i>Gai Institutiones</i>		4.89	450
1.47	82, nt. 30	4.110	80, nt. 24
1.116	81, nt. 27	4.114	81, nt. 27; 408, nt. 54;
1.141	80, nt. 24		484, nt. 198
2.27	80, nt. 24	4.119	371, nt. 110
2.80	80, nt. 24	4.122	362
2.96	82, nt. 30	4.123	363, nt. 98; 364
2.206	80, nt. 24	4.131	359, nt. 88
3.56	80, nt. 24	4.136	80
3.78	239, nt. 93;	4.141	401, nt. 36; 449, nt. 132
	264, nt. 145;	4.163	314, nt. 239; 405, nt. 45;
	240, nt. 94		406, nt. 48; 449, nt. 132
3.162	82	4.166	194, nt. 228
3.163	80, nt. 24	4.169	80, nt. 24
3.175	127, nt. 105	4.171	99; 122; 131, nt. 117;
3.208	82, nt. 30		135, nt. 125; 190; 191;
4.13	192, nt. 225;	4.171-182	71; 81; 287, nt. 185
	200, nt. 238	4.172	176; 180, nt. 205;
4.21	121; 131, nt.	4.173	135
	117	4.175-176	139
4.22	131, n. 117	4.177	140
4.23	122, nt. 89	4.178	86; 144; 176
4.46	285	4.178-179	140; 169
4.48	382, nt. 2; 385,	4.179	188
	nt. 7	4.181-182	194
4.51	437, nt. 105	4.183-185	286, 287

4.184	310, nt. 232	2.5.2.1	290, 297, nt.
4.185	314, nt. 240;		204
	315	2.5.3	314, nt. 240
4.187	311, nt. 235	2.5.5.1	306, nt. 221
		2.7.1.pr.	299; 302
<i>Leges duodecim Tabularum</i>		2.7.2.pr.	301, nt. 210
1. 2	209; 216, nt. 40	2.7.3.pr.	301, nt. 210
1. 3	209; 223, nt. 56	2.7.4.1	306, nt. 221
1. 4	124, nt. 97; 208,	2.7.4.2	300
	nt. 19	2.7.5.pr.	301, nt. 210
3. 1-2	230, nt. 68	2.7.5.1	307, nt. 225;
			447, nt. 127;
<i>Pauli Sententiae</i>			467, nt. 160;
1.19.1-2	115, nt. 76	2.7.5.2	305, nt. 219
		2.8.2.5	283 nt. 174; 289
FONTI GIUSTINIANEE		2.8.5.1	230, nt. 70
<i>Codex</i>		2.8.8.5	181
2.58.2.pr.	64, nt. 4	3.2.1.3	146
2.58.2.6	34, nt. 75	3.2.4	146
3.1.14.1	64, nt. 4	3.50.1	413, nt. 63
7.16.31	189	4.2.14.1	407, nt. 53
7.39.7.5	34, nt. 75	4.2.14.4	419
7.45	412, nt. 72	4.2.14.5	415
		4.2.14.11	407, nt. 53
<i>Digesta</i>		4.3.2.1	175
1.1.7.1	226, nt. 60	4.3.18.pr.	407, nt. 53; 477,
1.7.24	248, nt. 116		nt. 183
2.1.4	197, nt. 234;	4.4.24.4	394
	232, nt. 76	4.6.21.2	259
2.1.11.1	146, nt. 139	4.6.26.6	214, nt. 36
2.11.10.pr.	292	4.7.8.pr.	424
2.11.2	314, nt. 241	4.9.1.pr.	406, nt. 48
2.11.3	314, nt. 240	4.9.3.1	406, nt. 49
2.11.14	311, nt. 234	5.3.20.4	65, nt. 6
2.13.1	228, nt. 64	5.1.10	146; 155 nt. 156
2.13.6.2	177, nt. 197; 178	5.1.2.74	129, nt. 113
2.14.13.1	449, nt. 131	5.1.20	426, nt. 87
2.14.27.7	31, nt. 69	5.1.61.pr.	28, nt. 60
2.4.19	246	5.1.64.pr.	458 nt. 144; 480
2.4.22.1	220, nt. 54	5.3.25.10	474, nt. 174
		5.3.43	146

5.3.57	463, nt. 153	12.2.30.pr.	99, nt. 47; 129
6.1.20	394; 427, nt. 90	12.2.34.4	181, nt. 206
6.1.22	464, nt. 156	12.2.34.6	450, nt. 133
6.1.27.1	428	12.2.37	172 nt. 185; 184
6.1.44	370, nt. 107	12.2.7	179, nt. 202
6.1.46	389, nt. 16	12.2.9.3	29, nt. 63
6.1.57	415, nt. 69	12.3.1	446; 447
6.1.58	462	12.3.2	452; 456; 457,
6.1.68	407, nt. 53; 418,		nt. 145; 458, nt.
	nt. 76; 419, nt.		144
	79; 457, nt. 143	12.3.10	446 nt. 124; 477
	462; 467, nt.	12.3.11	448, nt. 129
	160	12.3.3	480, nt. 189
6.1.70	394; 453	12.3.4.1	438; 442
6.1.71	462; 456	12.3.4.2	443 nt. 116; 448
7.2.5.4	307, nt. 224	12.3.4.3	444, nt. 118
7.6.5.2	102, nt. 49	12.3.5	443
8.5.18		12.3.5.3	437, nt. 105;
8.5.4.7			457, nt. 143;
8.5.4.8		12.3.5.pr.	467, nt. 160;
8.5.8.4.			473, nt. 173474,
8.5.8.pr.	159, nt. 162		nt. 176
9.2.2.pr.	126, nt. 108	12.3.6	484
9.2.23.10	103; 105, nt 57	12.3.7	449, nt. 131;
9.2.23.2	111, nt. 67		438, nt. 107
9.3.1.4	112	12.3.8	395; 421, nt. 81;
9.4.26.5	106, nt. 59		439, nt. 109;
10.2.36	129, nt. 113		456; 458, nt.
10.2.44.4	106, nt. 61; 177,		144;
	nt. 197; 181, nt.	13.5.16.1	400, nt. 34
	206	13.6.3.2	480, nt. 189;
10.4.12.5	416		481, nt. 193
10.4.15	153 nt. 153; 179	13.7.25	159, nt. 162
10.4.3.2	456	15.4.4	29, nt. 63
11.1.11.10	102, nt. 49	16.3.1.21	406, nt. 49
11.12.1	290, nt. 192	16.3.13.pr.	29, nt. 63; 109
11.3.3.pr.	110, nt. 66	16.3.24	467, nt. 160
12.1.13.1	372 nt. 113; 370	17.1.5.29	129, nt. 113
12.1.31.pr.	426, nt. 88	19.2.48.1	445, nt. 124
12.2.11.2	450, nt. 133	20.1.13.5	423, nt. 84
12.2.16	180, nt. 203	21.1.1.1	406, nt. 48

21.1.17.20	249, nt. 117	42.4.2. pr.	252
21.1.58.pr.	410	42.4.5.pr.	241, nt. 98
22.1.2	395; 426, nt. 87	42.2.6.4	106, nt. 59
22.1.3.1	400, nt. 34	42.4.6.1-2	262
22.1.38.4	429	42.4.7.1	236, nt. 85; 237;
22.3.25.3	65, nt. 6		246, nt. 108;
23.3.44.1	153, nt. 151		255, nt. 129;
23.3.59.1	29, nt. 63		256;
24.1.45	253, nt. 123	42.4.7.2	247, nt. 112
24.3.25.1	454	42.4.7.5	247, nt. 110
25.2.22.pr.	451	42.4.7.8-9	245
25.2.8.1	481, nt. 191	42.4.7.13	246, nt. 108
25.2.9	395; 453	42.4.7.16	255, nt. 129
25.3.5.8	102, nt. 49; 383,	42.4.7.17-18	256
	nt. 3	42.5.9.pr.	406, nt. 48
25.5.1	65, nt. 6; 153,	42.5.33.1	241, nt. 97
	nt. 160	42.5.36	245
25.5.2.pr.	163, nt. 160	42.7.68.pr.	406, nt. 48
25.11.1	315, nt. 244	42.8.1.1	299, nt. 207
26.4.1.3	243, nt. 103	43.1.5	437, nt. 105
27.6.1	306, nt. 222	43.24.15.10	479, nt. 187
27.7.4	453, nt. 138	43.24.15.7	478, nt. 185
30.49.5	153, nt. 151	43.29.3.2	51, nt. 100
35.1.8	243; 244 nt. 104	43.4.1	164
35.2.60.1	453, nt. 138	43.4.1.5	237
35.60.2.1	452	43.8.2.43	429
37.15.5.pr.	65, nt. 6	44.1.2.pr.	369, nt. 106
38.5.5.1	477, nt. 183	44.1.3	364, nt. 100
38.17.2.41	244	44.2.14.2	335, nt. 18
39.1.5.14	181, nt. 207	44.7.20	249, nt. 117
39.2.4.5	250, nt. 119	44.7.34.pr.	148, nt. 143
39.2.43.2	66, nt. 6	46.7.16	102
39.2.7.pr.	181, nt. 207	46.1.44	407, nt. 53
39.3.4.pr.	417, nt. 74	46.1.73	442, nt. 113
39.3.6.6.	417, nt. 73; 426	46.1.74	452
39.4.1.pr.	406, nt. 48	46.3.7	65, nt. 6; 136,
39.4.12.pr.	299, nt. 207		nt. 127
40.5.51.5	249	46.3.30	66, nt. 6
41.2.3.18	102, nt. 50, 112	46.8.4	358, nt. 86; 364;
41.3.37	148, nt. 143		370, nt. 107
42.1.6.1	397, nt. 29	47.10.7.pr.	163, nt. 169

47.10.43	162, nt. 167	
47.11.6.1	299, nt. 207	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
48.16.1.pr.	65, nt. 6; 79, nt. 22; 149, nt. 46;	§ 226 53, nt. 103 § 242 53, nt. 103
49.1.28.1	476, nt. 181	
50.5.1.1	146, nt. 139	<i>Codice di procedura civile</i>
50.16.199	249	art. 88 378 ss.
50.16.22	427	art. 92 377 e nt. 120; 379
50.16.233.pr.	214; 149, nt. 144	art. 96 377, nt. 120
50.16.246.1	426	<i>Codice Civile</i>
50.16.35	430; 426, nt. 86	art. 1175 347; 348
50.16.75	430	art. 1224 336, nt. 20; 342
50.16.81	428	art. 1375 347; 348
50.17.131	464	
50.17.144.pr.	51, nt. 99	GIURISPRUDENZA
50.17.55	51, nt. 100	
50.17.151	51, nt. 100	<i>Corte Suprema di Cassazione</i>
<i>Institutiones</i>		30 gennaio 1956, n. 270 347, nt. 61 27 marzo 1957, n. 1059 342, nt. 39; 346, nt. 60
3.12.12	248, nt. 116	
4.16	64, nt. 4	27 marzo 1958 n. 1019 346, nt. 60
6.16.1-2	76	15 settembre 1975, n. 3057 347, nt. 61
3.27.7	99, nt. 47	8 luglio 1981, n. 4488 347, nt. 61
4.6.23-26	116, nt. 79	23 ottobre 1985, n. 5192 347, nt. 61 23 luglio 1997, n. 6900 347, nt. 64 6 agosto 1997, n. 7275 347, nt. 61 8 agosto 1997, n. 7400 347, nt. 61 14 novembre 1997, n. 11271 347, nt. 61 10 aprile 2000, n. 108 349, nt. 70; 336, nt. 20
FONTI BIZANTINE		2 settembre 2000, n. 11520 346, nt. 60 23 novembre 2000, n. 15138 346, nt. 60 15 novembre 2007, n. 23726 349, nt. 71 16 febbraio 2017 4090-4091 350
<i>Theophilii Institutionum Paraphrasis</i>		
4.16	78	
FONTI GIURIDICHE MEDIEVALI		
<i>Glossa</i>		
Gl. Actiones arbitrarie		
ad J. 4.6.31	398, nt. 31	
FONTI GIURIDICHE MODERNE		
<i>Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch</i>		<i>Lex Rubria de Gallia Cisalpina</i>
§ 1295	53, nt. 103	XXI, lin. 11-22 (cap. 1) 231; 231, nt. 72; 232, nt. 75

XXII, lin. 26 ss.	231; 231, nt. 72		
<i>Lex Irnitana</i>		FESTUS	
LXXXIV, lin. 20-21	232, nt. 74	<i>De verborum significatione</i>	
<i>Tabulae Herculenses</i>		voce “ <i>cavillatio</i> ”	215, nt. 39
84	196, nt. 231	voce “ <i>infiteri non fateri</i> ”	104, nt. 56
		voce “ <i>struere</i> ”	216
<i>Tabulae Pompeianae Sulpiciorum</i>		GELLIUS	
I. 49	310	<i>Noctes Atticae</i>	
		14.2.26	196, nt. 231
		20.1.42-45	123, nt. 95
B) FONTI EXTRAGIURIDICHE			
CICERO		HORATIUS	
<i>Ad Atticum</i>		<i>Sermones</i>	
4.3.2	107, nt. 63	1.9.35-37	316, nt. 247
14	248, nt. 115	1.9.73 ss.	233, nt. 78
<i>De Domo sua</i>		1.9.74-76	209, nt. 22
31.83	244, nt. 106	IOVENALIS	
<i>De officiis</i>		<i>Satirae</i>	
1.33	123, nt. 94	10.86	233, nt. 78
<i>De Oratore</i>		LIVIVS	
2.25.105	107, nt. 63	<i>Ab Urbe Condita</i>	
<i>De Partitione Oratoria</i>		VI, 40.4	106
14.50	107	PLAUTUS	
<i>In Verrem</i>		<i>Bacchides</i>	
2.2.12.31	416, nt. 70	3.6.545-350	214, nt. 36
<i>Pro A. Cluentio</i>		<i>Cistellaria</i>	
59	217, nt. 44	661	107, nt. 63
<i>Pro A. Milone</i>		<i>Persa</i>	
68	211, nt. 25	4.9	212, nt. 28
<i>Pro P. Quinctio</i>		<i>Poenulus</i>	
17.24	247, nt. 113	790	217, nt. 43
17.54	316	<i>Trinummus</i>	
18.31	316	4.2.81	244, nt. 106
19.60	237	PLINIUS MINOR	
19-20	217, nt. 248	<i>Epistulae</i>	
<i>Pro M. Tullio</i>		6.4	248, nt. 115
8.20	310, nt. 232		
<i>Rethorica ad Herennium</i>			
1.17.27	107, nt. 63		

QUINTILIANUS

Institutio oratoria

4.2.70 248, nt. 115

4.2.8 148, nt. 142

17.7.5 35, nt. 75

SENECA PHILOSOPHUS

De Beneficiis

2.35.3 107, nt. 62

VARRO

De lingua latina

6.74 309, nt. 231